

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O ENSINO OBRIGATÓRIO COMO DEVER
FUNDAMENTAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICO**

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Doutoramento em Direito
Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas

2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**O ENSINO OBRIGATÓRIO COMO DEVER
FUNDAMENTAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL
DEMOCRÁTICO**

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

**Tese orientada pelo Prof. Doutor Jorge Miranda, especialmente
elaborada para obtenção do grau de doutor em Direito, na
especialidade em Ciências Jurídico-Políticas**

2016

Resumo: A tese tem como escopo demonstrar que o ensino obrigatório é um dever fundamental num Estado Constitucional Democrático, na medida em que o acesso à instrução obrigatória desperta o cidadão ao exercício de suas responsabilidades e o prepara para exercer a cidadania. A superação da crise do Estado do Mal-Estar Social (Estado Assistencialista) ocorrerá pelo respeito aos deveres fundamentais, onde os cidadãos exercerão suas liberdades com responsabilidade, observando-se a escolaridade obrigatória de qualidade, uma vez que democracia de qualidade depende de educação de qualidade. O trabalho não busca discutir solidariedade educacional, mas sim compromisso constitucional na educação de qualidade da coletividade, visando minimizar os efeitos do subdesenvolvimento educacional demonstrado em resultados junto aos organismos internacionais. No Estado Constitucional contemporâneo, a escolaridade obrigatória não visa apenas inibir os efeitos do analfabetismo total ou funcional, mas fortalecer os princípios constitucionais que regem a cidadania participativa no Estado Democrático. O Estado Constitucional precisa de um cidadão cada vez mais preparado para atender às expectativas da coletividade, razão pela qual está havendo alargamento do período considerado como ensino obrigatório, com a introdução de matérias no eixo de formação do cidadão que visam discutir os princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: ensino obrigatório; deveres fundamentais; Estado Constitucional Democrático.

Abstract: The scope of the thesis is to demonstrate that compulsory education is a fundamental duty in a Democratic Constitutional State, to the extent that access to compulsory education awakens the citizens to the exercise of their responsibilities and prepares them to exert citizenship. The overcoming of the Bad Welfare State crisis (Welfare State) will take place with the respect for fundamental duties, where citizens exercise their freedoms with responsibility, caring for the quality compulsory education of others. The work does not seek to discuss educational solidarity, but constitutional commitment to community education in order to minimize the educational underdevelopment demonstrated on the results from international bodies' evaluations. In the contemporary Constitutional State, compulsory education aims not only to inhibit the effects of total or functional illiteracy, but strengthen the constitutional principles governing the Democratic State - participatory citizenship. The Constitutional State needs an increasingly prepared citizen to meet the expectations of the community. The basic task of education translates into a heteronomous limit to the constitutional power; a trans-dimensional fundamental duty; right and duty of parents; stems from essential, free, universal and quality public service; subjective public right.

Keywords: compulsory education; fundamental duties; democratic constitutional state.

Abreviaturas e siglas	14
Introdução	16
1. Os deveres fundamentais e o Constitucionalismo.....	16
2. Tese de fundo: dever fundamental de instrução como exigência da cidadania no Estado Constitucional Democrático	18
3. Delimitação do objeto da investigação.....	22
3.1. Delimitação da expressão ensino obrigatório	22
3.1.1. Educação e cultura	22
3.1.2. Educação, escolaridade e ensino obrigatório	26
3.2. Delimitação da expressão dever fundamental	29
3.2.1. A expressão Dever fundamental.....	29
3.2.1.1. Dever jurídico e Dever moral	29
3.2.1.2. Dever fundamental e dever jurídico	29
3.2.2. Dever fundamental e ensino obrigatório	32
3.2.2.1. Ensino obrigatório como dever fundamental: densidade jurídica do dever fundamental de instrução.....	32
3.2.2.2. Ensino obrigatório como dever fundamental transdimensional	34
3.2.2.2.1. As dimensões dos deveres fundamentais.....	34
3.2.2.2.1.1. Deveres fundamentais de primeira dimensão	34
3.2.2.2.1.2. Deveres fundamentais de segunda dimensão	35
3.2.2.2.1.3. Deveres fundamentais de terceira dimensão	35
3.2.2.2.1.4. Deveres fundamentais de quarta dimensão	36
3.2.2.2.2. Perspectiva transdimensional do ensino obrigatório e a Teoria da Indivisibilidade dos Deveres Fundamentais	37
3.3. Delimitação da expressão Estado Constitucional Democrático	41

3.3.1. Estado Constitucional Democrático e ensino obrigatório	41
3.3.2.1. Educação, Poder Constituinte e Estado Constitucional Democrático	45
3.3.2.1.1. Considerações preliminares: a teoria do poder constituinte e o ensino obrigatório	45
3.2.2.2. Ensino obrigatório como limite heterônomo do poder constituinte	53
3.3.2.3. Usurpação do poder constituinte e democracia participativa responsável	55
Capítulo I – A afirmação histórica do ensino obrigatório como dever fundamental e o Estado Constitucional Democrático	59
I.1. No Estado antigo	60
I.1.1. ARISTÓTELES	61
I.1.2. MARCO TÚLIO CÍCERO	61
I.2. No Estado medieval.....	62
I.2.1. SANTO AGOSTINHO	63
I.1.2. TOMÁS DE AQUINO.....	63
I.3. No Estado moderno.....	64
I.3.1. NICCOLÒ MACHIAVELLI	65
I.3.2. MONTESQUIEU	66
I.3.3. ROUSSEAU.....	67
I.3.4. SIEYÈS	68
I.3.5. CONDORCET	69
I.3.6. JOHN LOCKE	70
I.3.7. PUFENDORF	71
I.3.8. KANT.....	74

I.3.9. FICHTE.....	77
I.4. O dever fundamental de instrução e o Estado Liberal.....	78
I.4.1. O dever fundamental de instrução no Constitucionalismo pós-revolução francesa.....	78
I.4.1.1. BENJAMIN CONSTANT	80
I.4.1.2. HERBART	82
I.4.1.3. STUART MILL	82
I.4.1.4. TOCQUEVILLE	83
I.4.1.5. SILVESTRE FERREIRA	84
I.4.2. Estado de Direito e a escolaridade de massas – o Ensino como elemento definidor da Organização do Estado	84
I.5. O dever fundamental de instrução e o Estado interventor	87
I.5.1. DURKHEIM	88
I.6. A Revolução Copernicana do Direito Público e o dever de instrução	89
I.7. O dever de instrução nos Pactos Internacionais	92
I.7.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)	93
I.7.2. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)	94
I.7.4. Declaração dos Direitos da Criança (1959).....	95
I.7.5. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960)	95
I.7.6. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).....	97
I.7.7. Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (1988)	99
I.7.8. Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).....	100
I.7.9. Declaração Mundial de Educação para Todos (1990)	101
I.7.10. Declaração de Dakar (2000).....	101

I.7.11. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000).....	102
I.8. Os deveres fundamentais e os tratados internacionais após a Emenda Constitucional nº 45/2004.....	103
I.8.1. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência (2006).....	105
I.8.2. Constitucionalismo sem Estado e o ensino obrigatório à luz do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade	107
I.9 Perspectiva contemporânea - Deveres Fundamentais no Estado Constitucional Democrático e escolaridade obrigatória	113
I.9.1. Redimensionamento dos deveres fundamentais no mal-estar social	113
Capítulo II – A evolução do ensino obrigatório nas Constituições Brasileiras e Lusitanas	116
II.1. O ensino no Brasil antes da Independência	117
II.1.1. O período jesuítico (1549-1759).....	117
II.1.1.1. O período heróico (1549-1570)	118
II.1.1.2. O período do <i>Ratio Studiorum</i> (1570-1759)	118
II.1.2. O período pombalino (1759 a 1808).....	119
II.1.2.1. A primeira Reforma Pombalina (1759 a 1772).....	120
II.1.2.2. A segunda Reforma Pombalina (1772 a 1808).....	120
II.1.3. O período joanino (1808-1822)	121
II.2. A evolução do ensino obrigatório nas Constituições Brasileiras.....	122
II.2.1. Constituição de 1824	124
II.2.2. Constituição de 1891	128
II.2.3. Constituição de 1934	130
II.2.4. Constituição de 1937	131
II.2.5. Constituição de 1946	133

II.2.6. Constituição de 1967	135
II.2.7. Constituição de 1969	136
II.2.8. Constituição de 1988 – A Constituição Brasileira da Educação.....	138
II.2.8.1. Das alterações à Constituição Brasileira de 1988 relativas ao ensino obrigatório	141
II.2.8.2. Das alterações à Constituição Brasileira da Educação de 1988 e o ensino obrigatório	142
II.3. A evolução do ensino obrigatória nas Constituições Lusitanas	145
II.3.1. Constituição de 1822	145
II.3.2. Constituição de 1826	146
II.3.3. Constituição de 1838	147
II.3.4. Constituição de 1911	147
II.3.5. Constituição de 1933	148
II.3.6. Constituição de 1976	149
II.4. O ensino obrigatório nos demais Estados de Língua Portuguesa	154
II.4.1. Angola.....	155
II.4.2. Cabo Verde	156
II.4.3. Guiné-Bissau.....	157
II.4.4. Moçambique	158
II.4.5. São Tomé e Príncipe	159
II.4.6. Timor-Leste.....	161
Capítulo III -Fundamentos Constitucionais do ensino obrigatório	163
III.1. Constituição e os microssistemas constitucionais	163
III.1.1.1. A relação entre sobreprincípios e subprincípios constitucionais.....	164

III.1.1.2. Princípios e regras constitucionais	165
III.1.1.2.1. RONALD DWORKIN	166
III.1.1.2.2. ROBERT ALEXANDER	167
III.1.1.2.3. MARCELO NEVES.....	168
III.1.1.2.4. LUIGI FERRAJOLI	169
III.1.1.2.5. JORGE MIRANDA.....	170
III.2. Constituição da Educação e seus microssistemas constitucionais.....	171
III.2.1. Regime jurídico de proteção do ensino obrigatório.....	173
III.2.2. Princípios gerais	176
III.2.2.1. Princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola	176
III.2.2.2. Princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber	179
III.2.2.3. Princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.....	181
III.2.2.4. Princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais	182
III.2.2.5. Princípio da garantia do padrão de qualidade.....	189
III.2.3. Princípios especiais do ensino obrigatório	203
III.2.3.1. Princípio da precedência familiar na escolha da educação da criança	203
III.2.3.2. Princípio da proteção integral do interesse do educando	204
CAPÍTULO IV – Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional relativa ao dever de instrução obrigatória	207
IV.1. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais	207

IV.1.1 Breve histórico sobre a temática do estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais	207
IV.1.2 Diálogo entre VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA e JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre a sobre o estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais	211
IV.2. A aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais para a doutrina lusitana	213
IV.2.1 Para JORGE MIRANDA	214
IV.2.2. Para GOMES CANOTILHO.....	215
IV.2.3. Para VIEIRA DE ANDRADE	216
IV.2.4 Para CASALTA NABAIS.....	217
IV.3. A aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais para a doutrina brasileira	219
IV.3.1. Para DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS	219
IV.3.2. INGO WOLFGANG SARLET	219
IV.4. Posição adotada em relação à aplicabilidade e eficácia dos deveres fundamentais	220
IV.4.1. Dicotomia entre os deveres fundamentais.....	220
IV.4.2. Aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais	223
IV.5. Limites de revisão às normas constitucionais relativas ao ensino obrigatório.....	227
Capítulo V - Responsabilização pela violação ao descumprimento do dever de instrução	230
V. Titularidade do dever de educar e do dever de se educar	230
V.1. Dever de educar	230
V.1.1. Da responsabilidade parental educacional.....	230
V.1.1.1. Infração administrativa e destituição do poder familiar	233
V.1.1.2. Responsabilização criminal	234

V.2. Dever da família.....	236
V.3. Dever de se educar.....	237
V.3.1. Dever do cidadão que não teve acesso ao ensino obrigatório na idade adequada.....	237
V.3.1.1. Dever do preso.....	238
V.4. Ensino obrigatório e os conflitos entre direitos e deveres fundamentais.....	240
V.4.1. Conflitos entre os deveres fundamentais	240
V.5. Solução de conflitos entre deveres fundamentais: ponderação responsável à luz dignidade da pessoa humana como um <i>metadever</i> fundamental	242
V.6. Conflitos relacionados ao ensino obrigatório: a questão do ensino doméstico	246
V.6.1. Ensino obrigatório e o ensino doméstico na visão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos	247
V.6.1.1. Caso <i>Konrad e outros v. Alemanha</i>	247
V.6.1.2. Caso <i>Kjeldsen, Busk Madsen e PEDERSEN v Dinamarca.</i>	248
V.6.1.3. Caso <i>Campbell e Cosans v. Reino Unido</i>	249
V.6.1.4. Caso <i>Família H. contra o Reino Unido</i> (06.03.1984)	250
V.6.1.5. Caso <i>Folgero e outros contra Noruega</i> (sentença de 29 de junho de 2007).	251
V.6.1.6. Síntese dos casos	252
V.6.2. Ensino doméstico e o Supremo Tribunal Federal - RE 888815 RG /RS.....	253
Capítulo VI – Sobre a democracia participativa responsável através do dever de instrução obrigatória	261
VI.1. O problema e a tese: Constitucionalismo dos deveres, Estado Constitucional Democrático e instrução obrigatória	261
VI.1.1. Ensino obrigatório e emancipação política	261
VI.1.2. Ensino obrigatório, cidadania e democracia participativa.....	266
VI.1.2.1. Mecanismos de democracia participativa previstos na CF/88	269

VI.1.2.2. Mecanismos de democracia participativa na legislação infraconstitucional.....	271
VI.2. Dever de estudar como exigência da cidadania participativa responsável: sofisticação no exercício da cidadania	275
VI.2.1. Estado Jurisdicional de direito e democracia participativa responsável	275
VI.2.2. A demonstração da hipótese.....	278
VI.2.2.1. Princípio da cidadania participativa responsável – <i>status educationem</i>	278
VI.2.2.2. Princípio da deverosidade diferenciada.....	285
VI.2.2.3. Princípio da recompensa	286
VI.2.2.4. JOHN RAWLS.....	288
VI.2.2.5. AMARTYA SEN	291
Capítulo VII – Conclusões	293
VIII – Referências Bibliográficas	299

Abreviaturas e siglas

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR – Agravo Regimental
ATC - Acórdãos do Tribunal Constitucional português
CC – Cuestiones Constitucionales
CF – Constituição Federal
CRP – Constituição da República Portuguesa
DJU – Diário da Justiça da União
DP – Direito Público
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
HD - Habeas Data
LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
LEP – Lei de Execução Penal
MI – Mandado de Injunção
OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PRJ - Projeto Regional do Mediterrâneo
RBDC – Revista Brasileira de Direito Constitucional
RDE – Revista de Direito Educacional
RDA – Revista de Direito Administrativo
RDC - Revue de Droit Constitutionnel
RDCA – Constitutions – Revue de Droit Constitutionnel Appliqué
RDP – Revista de Direito Público
RDPSP – Revue du Droit Publique et Science Politique
RDTJRJ – Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
RE – Recurso Extraordinário
REAGU – Revista da Escola da Advocacia-Geral da União
REP - Revista de Estudios Políticos
REPS – Revista de Estudos Políticos e Sociais
RFDC - Revue Française du Droit Constitutionnel

RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RFSP - Revue Française de Science Politique
RGDIP - Revue Générale de Droit International Public
RILSF – Revista de Informação Legislativa do Senado Federal
RIP – Revista Interesse Público
RJIES – Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior
RMPEGO – Revista do Ministério Público do Estado de Goiás
RMPSP – Revista do Ministério Público de São Paulo - Justitia
RPGR – Revista da Procuradoria-Geral da República
RTDP – Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência
SAEB - Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

Introdução

1. Os deveres fundamentais e o Constitucionalismo

A evolução do reconhecimento dos deveres fundamentais¹ remonta à história do Constitucionalismo² desde a antiguidade, observando-se que as palavras Constituição e deveres³ foram utilizadas no tempo para designar ideias diferentes, consoante às épocas, aos contextos e ao pensamento político⁴.

Conhecer e compreender as diferenças atribuídas à palavra dever é uma árdua tarefa para a história do pensamento político⁵, principalmente ao relacionar a busca do seu sentido com o constitucionalismo⁶, fazendo-se necessário tratar sobre a noção dos deveres numa perspectiva histórica, a partir dos juspolíticos que mais se destacaram em cada período.

¹Para VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 156, a imagem antropológica de uma pessoa não se compreende sem deveres; só o ser humano é capaz de assumir deveres. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 538, defende que deveres fundamentais são pressupostos de existência e funcionamento do próprio Estado, pois “nenhuma comunidade política pode sobreviver se os seus membros possuírem apenas direitos e não tiverem quaisquer deveres verticais para com essa comunidade, motivo pelo qual é ainda na razão da própria existência do Estado que se deve encontrar o fundamento de tais deveres fundamentais”.

² Para MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, 2005, p. 40, enquanto no plano das ideias o constitucionalismo encontra relativa homogeneidade em torno do conceito de limitação do poder; na prática, há tradições distintas na Europa.

³ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade. Volume I: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Épocas Medieval e Moderna*, Cascais, 2001, pp. 92 e 93, ensina que “a dialéctica jurídica assenta no dualismo direito – dever”, sendo que “a ética do dever constitui uma dimensão essencial do discurso político”, utilizada para assegurar o funcionamento da sociedade política tanto da parte de governantes como de governados.

⁴ Nesse sentido, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *História do Pensamento Político*, Coimbra, 2007, p. 33, consigna que “a história das ideias políticas tem problemas específicos para os quais tem de ser advertido o investigador. O mais relevante prende-se com o seu significado e significante. As ideias políticas não se confundem com as palavras utilizadas para as designar e, a este respeito, a historicidade do vocabulário político introduz uma dificuldade acrescida à investigação política”.

⁵ Cf. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *História do Pensamento Político*, Coimbra, 2007, p. 41.

⁶ Para JORGE MIRANDA, “a Constituição emerge do constitucionalismo. Mas que coisa é o constitucionalismo? Neste lugar, devemos contentarmo-nos com afirmar que é um produto perfeito do racionalismo jurídico, social e político” (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Coimbra, 1996, p. 31). São características do constitucionalismo não só a organização e a limitação do Estado através da previsão de direitos e garantias fundamentais, mas também a previsão de deveres fundamentais a serem observados pelos cidadãos.

Os questionamentos são inesgotáveis: Quem estabelece os deveres? Deveres para quem? A quem servem os deveres? Existem direitos sem deveres? E deveres sem direitos? Qual é a nova tendência política sobre os deveres fundamentais? Será necessária a criação de uma Declaração Universal dos deveres fundamentais?

Sucedem, pois, que inúmeras têm sido as tentativas de demonstrar a afirmação histórica dos deveres fundamentais a partir do contributo de determinados pensadores políticos, nas grandes fases do constitucionalismo, ressaltando como suas obras influenciaram *a construção de um Estado de Direitos Fundamentais através de um Estado de Deveres Fundamentais*.

Sem embargo, por motivos do sistema político moderno, foram consagrados os deveres fundamentais nas Constituições⁷, já que os cidadãos obtiveram expectativas de direitos para com o Estado, mas que exigem o cumprimento de uma série de deveres.

Assim como será observada, a importância do estudo da aplicabilidade e eficácia dos deveres fundamentais decorre da frustração da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais⁸, na medida em que não há garantia dos direitos sem o cumprimento dos deveres indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade.

De fato, a *Era dos Deveres* que BOBBIO⁹ não teve tempo para escrever seria um tratado para assegurar a efetividade¹⁰ dos direitos fundamentais¹¹, que apesar

⁷ Para PECES-BARBA MARTINEZ (*Los Deberes Fundamentales*, Doxa, Alicante, n. 4, 1987, p. 329), deveres fundamentais são aqueles deveres jurídicos que se referem a dimensões básicas da vida do homem em sociedade, a bens de primordial importância, a satisfação de necessidades básicas que afetam setores especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas e o exercício de direitos fundamentais.

⁸ A crise da eficácia social dos deveres já era observada por MARCO TÚLIO CÍCERO (106 a.C a 43 a .C.), *De Officiis*, Livro I, XVIII, quando apontava que “para bem atender deveres e suas regras, nada mais importante e mais difícil que o seu exercício”.

⁹ NORBERTO BOBBIO faleceu em 2004 e em entrevista concedida a MAURIZIO VIROLI, em dezembro de 2000, que se transformou no livro *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*, Rio de Janeiro, 2007, p. 42, revelara que “se eu ainda tivesse alguns anos de vida, coisa que não terei, estaria tentando escrever “A era dos deveres”.

¹⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 2001, p. 84, sintetiza a efetividade como a realização do direito, do desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. A efetividade da norma corresponde, portanto, ao seu cumprimento por parte de uma sociedade, ao reconhecimento do Direito pela comunidade. Cf. deste mesmo autor sobre o tema, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, 2009, pp. 220 e 221.

¹¹ NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, 1992, pp. 23-24, ressalta que a crise da efetivação dos direitos do homem não passa pela crise de sua fundamentação, de ordem filosófica; trata-se, em verdade, de um problema de ordem política.

de proclamados, positivados e jurisdicionalizados, não vêm sendo minimamente concretizados junto à sociedade, face o desrespeito aos deveres.

Assume relevo a análise do tema deveres fundamentais e constitucionalismo, pois o *Estado de Deveres Fundamentais* é o Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos¹².

Trata-se de tema desmerecido pelo direito constitucional contemporâneo, em face à preocupação dos legisladores constituintes em instaurar regimes que afirmaram Constituições dos direitos para esquecer as Constituições dos deveres dos períodos totalitários e autoritários¹³.

2. Tese de fundo: dever fundamental de instrução como exigência da cidadania no Estado Constitucional Democrático

O ser humano é essencialmente gregário¹⁴.

A atividade humana implica viver em sociedade¹⁵, exigindo, portanto, que determinados comportamentos sejam adotados pelos seus membros para que os mesmos

¹² Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 539. Nesse mesmo sentido, CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 315.

¹³ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade ...*, cit., p. 109, aponta que o *esquecimento dos deveres fundamentais* nas Constituições do segundo pós-guerra “explica-se basicamente com a preocupação, senão mesmo com a obsessão, de instaurar regimes constitucionais que, de uma vez por todas, dessem predominância clara e efectiva aos direitos fundamentais, que os regimes totalitários e autoritários haviam postergado a favor dos deveres fundamentais, que polarizaram, quando não monopolizaram totalmente, o estatuto constitucional dos cidadãos”.

¹⁴ SÉRGIO ALVES GOMES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação*, São Paulo, ano 13, n. 51, abr./jun., 2005, p. 55, defende que “umas das necessidades básicas do homem consiste na sua natural predisposição para viver em sociedade, isto é, a partilhar a sua existência com outras pessoas semelhantes a ele. Porém, ao mesmo tempo, diferentes em vários aspectos. Para que tal convívio seja pacífico e produtivo para todos há de ser racionalmente organizado”.

¹⁵ Nesse sentido MICHAEL WALZER, *As esferas da justiça*, Lisboa, 1999, p. 195, afirma que “todas as sociedades humanas educam as suas crianças, os seus novos e futuros membros. A educação exprime o

possam coexistir¹⁶. Nasce, pois, a necessidade dos sujeitos integrantes desse sistema em obedecer a determinadas circunstâncias para que os seus próprios interesses sejam protegidos¹⁷, surgindo o senso de dever, que nasce através da educação¹⁸.

A educação¹⁹ é, pois, uma necessidade, essencialmente, humana, pois a sociedade existe através de um processo de transmissão entre gerações²⁰, assim como a vida biológica. A transmissão “ocorre, dos mais velhos para os mais novos, por meio da

que é talvez o nosso mais profundo anseio: durar, continuar, permanecer em face do tempo. É um programa de sobrevivência social. Portanto, é sempre relativa à sociedade à qual se destina. O objetivo da educação, segundo Aristóteles, é o de reproduzir em cada geração o “modelo de caráter” que defenderá a constituição: um caráter específico para uma constituição específica”.

¹⁶ O filósofo JEAN-MARIE GUYAU, no final do século XIX, defendia o papel da educação para interferir na natureza e na própria hereditariedade, representando a diferença entre sermos escravos ou homens livres. O autor afirma que “quanto à forma de *lei*, de *imperativo*, de *mandamento interno*, que é realmente uma espécie de impulso e de coação interna, ela tem as características instintivas que pertencem a tudo aquilo que é hereditariamente transmissível. Nascemos cada vez mais policiados pela lei interna; a criança civilizada, em vez de ser, como o selvagem, sem lei, sem freio, está totalmente pronta para receber esse jugo da lei interior. A educação encontra nela uma espécie de legalidade preestabelecida, de legalismo natural, mas ela corrobora a lei interior pela enorme força dos hábitos adquiridos” (*Educação e hereditariedade: estudo sociológico*, São Paulo, 2014, pp. 130-131).

¹⁷ Sobre a importância da educação para se viver em sociedade, SÉRGIO ALVES GOMES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação*, Revista de Direito Constitucional, São Paulo, ano 13, n. 51, abr./jun., 2005, p. 55, esclarece que “umas das necessidades básicas do homem consiste na sua natural predisposição para viver em sociedade, isto é, a compartilhar sua existência com outras pessoas semelhantes a ele. Porém, ao mesmo tempo, diferentes em vários aspectos. Para que tal convívio seja pacífico e produtivo para todos há de ser racionalmente organizado”.

¹⁸ NORBERTO BOBBIO defende que o senso de dever, ou seja, o dever de cumprir com os deveres nasce com a educação (*Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*, Rio de Janeiro, 2007, p. 51).

¹⁹ JACQUES DELORS, *Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI*, UNESCO, 2010, p. 31, ensina que: “a educação ao longo da vida baseia-se em quatro pilares: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser. Aprender a conhecer, combinando uma cultura geral, suficientemente ampla, com a possibilidade de estudar, em profundidade, um número reduzido de assuntos, ou seja: aprender a aprender, para beneficiar-se das oportunidades oferecidas pela educação ao longo da vida. Aprender a fazer, a fim de adquirir não só uma qualificação profissional, mas, de uma maneira mais abrangente, a competência que torna a pessoa apta a enfrentar numerosas situações e a trabalhar em equipe. Além disso, aprender a fazer no âmbito das diversas experiências sociais ou de trabalho, oferecidas aos jovens e adolescentes, seja espontaneamente na sequência do contexto local ou nacional, seja formalmente, graças ao desenvolvimento do ensino alternado com o trabalho. Aprender a conviver, desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências – realizar projetos comuns e preparar-se para gerenciar conflitos – no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz. Aprender a ser, para desenvolver, o melhor possível, a personalidade e estar em condições de agir com uma capacidade cada vez maior de autonomia, discernimento e responsabilidade pessoal. Com essa finalidade, a educação deve levar em consideração todas as potencialidades de cada indivíduo: memória, raciocínio, sentido estético, capacidades físicas, aptidão para comunicar-se”.

²⁰ Nesse sentido, cf. IMMANUEL KANT, *Sobre a pedagogia*, Lisboa, 2012, pp. 10 e 11, quando alega que “o género humano deve desenvolver todas as disposições naturais da humanidade, gradualmente a partir de si, através do seu próprio esforço. Uma geração educa a outra”. Na mesma linha, DURKHEIM, *Educação e sociologia*, Lisboa, 2014, p. 52, pontifica que “a sociedade só pode subsistir se existir entre os seus membros uma homogeneidade suficiente; a educação perpetua e reforça esta homogeneidade fixando com antecedência na alma da criança as semelhanças essenciais que a vida coletiva exige. Mas, por outro lado, sem uma certa diversidade, qualquer cooperação será impossível: a educação assegura a persistência desta diversidade necessária ao diversificar-se e especializar-se a si própria”.

comunicação de hábitos de proceder, pensar e sentir. Sem esta comunicação de ideias, esperanças, expectativas, padrões e opiniões por parte dos membros da sociedade que estão a deixar a vida do grupo àqueles que estão a entrar, a vida social não podia sobreviver. Se os membros que compõem a sociedade vivessem indefinidamente, poderiam educar os novos membros, mas seria uma tarefa conduzida mais pelo interesse pessoal do que pelas necessidades sociais”²¹.

Sucede, pois, que as necessidades políticas de convivência social e de proteção da pessoa humana protegidas pelo Estado Democrático ultrapassam, necessariamente, a afirmação do dever de instrução, indispensável ao estímulo dos valores de cidadania²².

Com efeito, a presente tese de doutorado tem como finalidade demonstrar que o ensino obrigatório é um dever fundamental no Estado Constitucional Democrático, na medida em que o cidadão precisa se preparar para exercer a

²¹ Cf. JOHN DEWEY, *Democracia e Educação*, Lisboa, 2007, p. 22. Seguindo o raciocínio, este mesmo autor ensina que: “Se uma praga atingisse de uma só vez os membros de uma sociedade, é óbvio que o grupo seria para sempre extinto. Contudo, a morte de cada um dos seus membros constituintes é tão certa como se uma epidemia os levasse a todos. Mas o fato de alguns membros nascerem enquanto outros morrem, torna possível, através da transmissão de ideias e dos costumes, a constante renovação do tecido social. No entanto, esta renovação não é automática. Se não nos esforçarmos para que uma genuína e exaustiva transmissão ocorra, o grupo mais civilizado irá recair na barbárie e, em seguida, no estado selvagem. De facto, os seres humanos novos são imaturos que, se fossem abandonados a si mesmos, sem a orientação e auxílio dos mais velhos, não poderiam adquirir as capacidades rudimentares necessárias à sua existência física. Os seres humanos mais novos comparam-se com tão pouco sucesso, na sua eficiência original, aos mais novos dos animais inferiores que mesmo as habilidades necessárias para a sua sustentação física têm de ser adquiridas pela instrução. Quanto mais no que diz respeito a todas as realizações tecnológicas, artísticas, científicas e morais da humanidade!”.

²² DENISE COSTA, *Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*, Belo Horizonte, 2011, p. 23, defende que é incontroverso que a educação é indispensável ao exercício da cidadania, pois será através da educação que o cidadão compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a integração em uma democracia efetivamente participativa”. Nesse mesmo sentido cf. LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA, *Temas de direito à educação*, São Paulo, Escola Superior do Ministério Público, 2010, p. 123, afirma que “antes da década de 80, pouca relação se estabeleceu entre cidadania e educação. Com a concepção restrita ao direito de votar e ser votado e de ser alfabetizado para exercer tais direitos, a educação se prestava a si mesma, a partir do momento em que possibilitava, ao homem, atingir o *status* de eleitor ou candidato. O foco principal da educação era o preparo para o trabalho e não para a cidadania; deveria formar o trabalhador e não o cidadão”. Sobre a concepção do ensino obrigatório como exigência da cidadania, cf. tese de mestrado de ERIK SADDI ARNESEN, *Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988*, São Paulo, USP, 2010, pp. 6-7, em que o autor defende que o ensino obrigatório decorre da necessidade da preparação do indivíduo para o cumprimento dos deveres que tem em relação à coletividade. Sucede, pois, que as exigências da cidadania ensejam deveres, fundados no *vínculo de pertencimento*: o indivíduo que participa do bem comum deve retribuir à sociedade através de deveres fundamentais, tais como as obrigações tributárias, serviço militar, serviço eleitoral, e o ensino obrigatório dos quatro aos dezessete anos. Essas obrigações reproduzem as expectativas da sociedade em relação aos seus membros, para quem, em contraposição, ela venha a se organizar para viabilizar o exercício do direito à educação.

cidadania²³, sendo despertadas as responsabilidades através da escolaridade obrigatória. Em outras palavras, o objetivo deste trabalho é examinar o sentido do ensino obrigatório como dever fundamental na construção e manutenção do Estado Constitucional Democrático. A hipótese é que o ensino obrigatório como dever, no Estado Constitucional Democrático, é indispensável não somente na preparação do cidadão ao exercício dos seus direitos e deveres inerentes ao princípio da cidadania²⁴, mas também no redimensionamento da organização político-administrativa no Estado Democrático.

De fato, a construção do Estado Constitucional até a sua legitimação democrática decorre de uma lenta elaboração e depuração dos princípios e valores inerentes ao Estado Democrático²⁵, que exige o cumprimento de deveres fundamentais por parte do cidadão, observando-se a sua proteção indivisível, o que ultrapassa o cumprimento por parte do seu destinatário de obter a instrução formal adequada.

A manutenção do Estado Constitucional Democrático depende de cidadãos que estejam preparados em exercer a cidadania. Espera-se que, na formação do cidadão, haja o preparo para se viver num ambiente democrático e republicano, o que supõe, no mínimo, conhecimento das instituições democráticas, dos mecanismos de representação e dos direitos e deveres inerentes à cidadania.

Traduzir-se-á esse conhecimento no eixo de formação, que definirá as estruturas de organização do Estado socialmente aceitáveis, de acordo com as necessidades da comunidade, não podendo ser facultado ao cidadão; ele deve ter acesso obrigatório, objetivando que não venha a se desincumbir de suas responsabilidades perante os demais cidadãos.

²³ Já em 1797, JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa, 2012, pp. 248 e 249, ensinava que o cumprimento do dever de instrução pelos indivíduos seria indispensável à perspectiva orgânica do contrato de cidadania.

²⁴ JOAQUIM AZEVEDO, *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*, Lisboa, 2007, p. 51, consigna que “a cidadania está nas origens da escolarização de massas como um vetor fundamental. A natureza e o conteúdo da socialização da infância ligaram-se intimamente à natureza das regras da cidadania que unem os membros da sociedade à sua comunidade mais vasta. O indivíduo, por sua vez, tornou-se a unidade elementar da sociedade, um cidadão apto a participar inteiramente na comunidade, sendo esta tutelada racionalmente pelo Estado”.

²⁵ Sobre outra perspectiva do assunto, cf. a inspiradora tese de livre docência apresentada em 2009 por NINA RANIERI BEATRIZ STOCCO junto à Universidade de São Paulo, *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*.

3. Delimitação do objeto da investigação

Inicialmente, faz-se necessário imprimir significados aos elementos constitutivos interdependentes que figuram no título da presente tese. Ou seja, delimitar-se-ão os conceitos e correlações das expressões ensino obrigatório, dever fundamental e Estado Constitucional Democrático, objetos da investigação.

3.1. Delimitação da expressão ensino obrigatório

A expressão ensino obrigatório precisa ser delimitada, garantindo-se sua densidade jurídica sem confundir com as expressões *cultura*, *educação* e *escolaridade*.

Delimitar o conceito jurídico de ensino obrigatório na Constituição da Educação²⁶ não é, portanto, uma questão semântica, mas um problema conceitual para a exigência deste dever fundamental e também um trabalho hermenêutico, no Estado Constitucional Democrático.

3.1.1. Educação e cultura

As expressões educação²⁷ e cultura²⁸ não se confundem.

²⁶ A expressão *Constituição da Educação* foi delineada pelo ilustre constitucionalista JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Coimbra, 2000, p. 429, sendo oportuno indicar o relevante pioneirismo da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa em possuir um Programa de Pós-Graduação em Direito da Educação, elaborado por esse insigne mestre, *Educação e Direito – Revista nº 2, 2º semestre, Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação*, Lisboa, 1999, p. 147, qual seja: “1. Direito da Educação como área multi e interdisciplinar. 2. O Direito da Educação e a Constituição cultural, em Portugal e nos países da língua portuguesa. 3. Os direitos fundamentais pertinentes à educação e a sua interdependência. a) Liberdade de educação e direito à educação; b) Os direitos pressupostos (liberdade de religião, liberdade de criação cultural, poder paternal) e os direitos conexos (liberdade de profissão, direito de iniciativa económica). 4. Direitos fundamentais e papel do Estado e da sociedade relativamente à educação. 5. O sistema educativo e o sistema escolar: os graus de ensino e os sectores público, privado e cooperativo. 6. O sistema escolar público como parte da Administração pública. 7. O sistema escolar e a gestão das escolas. 8. As Universidades em geral e as Universidades públicas em especial. a) O ensino superior em Portugal; b) A diversidade das instituições universitárias; c) As Universidades públicas e a sua autonomia; d) O Conselho de Reitores; e) Referência de Direito Comparado. 9. O Direito Internacional da educação”.

²⁷ Etimologicamente, o substantivo educação deriva do latim *educatio, educationis*, indicando a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural. Cf. FRANCISCO TORRINHA, *Dicionário Latino Português*, Porto, 1942, p. 278. Nesse mesmo sentido, cf. HOUAISS, 2003, p. 1101.

A cultura²⁹ “é constituída pelo conjunto de saberes, saber-fazer, regras, normas, interdições, estratégicas, crenças, ideias, valores, mitos que se transmitem de geração em geração, reproduz-se em cada indivíduo, controla a existência da sociedade e mantém a complexidade psicológica e social. Não há sociedade humana, arcaica ou moderna que não tenha cultura, mas cada cultura é singular”³⁰.

Sucede que não caberá ao Direito proceder à definição de Cultura³¹, devendo antes restringir-se a uma simples delimitação do respectivo âmbito, para o efeito de aplicação das normas jurídicas, ao mesmo tempo que deve criar mecanismos “procedimentais”, para que os conflitos culturais³² possam ter lugar, sem que haja uma guerra entre os mesmos, mas sem imposição de qualquer juízo valorativo a *se*.

²⁸Sobre o direito à cultura ao longo das Constituições portuguesas, cf. JORGE MIRANDA, *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006, pp. 357-362.

²⁹ Estabelece o Art. 215 da Constituição Federal de 1988 que: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. § 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais; III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura; V - valorização da diversidade étnica e regional”.

³⁰ Cf. EDGAR MORIN, *Os sete saberes para a educação do futuro*, Lisboa, 2002, p. 61. Para PETER HÄRBELE, a cultura seria “aquela esfera em que o Estado, como tal, por um lado, e o mundo do pensamento, por outro, se encontram estreitamente relacionados de forma especial e íntima a um nível triplo: o da educação ou formação, o da ciência e o da criação artística”, *Teoria de La Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2000, p. 24. Para JORGE MIRANDA, Introdução ao direito da educação: direito português e direito brasileiro, *In e-Pública*, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 01-29, jun. 2014, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000200001&lng=pt&nrm=iso [24/10/2016], p. 3, a cultura “abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes cotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de valores, de interesses, de conhecimentos e de práticas, as artes de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado ou conformada pela cultura em que nasce e se desenvolve”.

³¹ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, “*A cultura a que tenho direito*”: direitos fundamentais e cultura, Coimbra, 2007, p. 101. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 3., pondera que “a ciência e a educação são partes integrantes da cultura. A ciência como procura, apreensão, elaboração, sistematização de conhecimentos sobre a natureza e sobre os seres humanos e as sociedades humanas. A educação como apreensão e transmissão não apenas de conhecimentos mas também de valores, de símbolos, de interesses e de formas de agir. E com elas, interdependentes, a cultura stricto abrangendo todo o resto; e a cultura strictissimo sensu enquanto expressão artística, desde a criação à fruição e à preservação do património coletivo assim construído”.

³² EDGAR MORIN, *Os sete saberes para a educação do futuro*, Lisboa, 2002, p. 61, ao tratar sobre o duplo fenómeno da unidade e diversidade das culturas, ensina que existe sempre a cultura nas culturas, mas a cultura não existe senão através das culturas. A cultura mantém a identidade humana no que ela tem de específico; as culturas mantêm as identidades sociais.

Sobre educação, primeiramente, faz-se necessários ressaltar que inúmeros autores no Brasil³³ e em Portugal já vêm tratando diretamente sobre o direito da educação³⁴. Como ramo do direito público³⁵ que é, o direito da educação³⁶ possui um conjunto próprio de princípios e regras, que se coadunam em instrumentos jurídicos sistematizados e objetivam disciplinar o comportamento humano relacionado à educação³⁷, conferindo-lhe autonomia dogmática. Dentre as inúmeras disciplinas que vêm sendo estudadas em inúmeras Universidades pelo mundo, em cursos de graduação

³³ Sobre direito educacional no Brasil, cf. ANDRÉ TRINDADE (Coord.). *Direito educacional*, Curitiba, Juruá, 2007; RENATO ALBERTO TEODORO DI DIO, *Contribuição à sistematização do Direito Educacional*, Taubaté, 1982; EDIVALDO MACHADO BOAVENTURA, *A educação brasileira e o direito*, Belo Horizonte, 1997; MÔNICA SIFUENTES, *Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2ª. ed., Porto Alegre, 2009; NINA RANIERI, *O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*. In ABMP, Todos pela educação (organ.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 55-103; LAURO LUIZ GOMES RIBEIRO, *Direito Educacional: Educação Básica e Federalismo*, São Paulo, 2009.

³⁴ Em Portugal, sobre direito educacional, cf. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 3.; LUÍS PEDRO PEREIRA COUTINHO, *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária: o caso das universidades públicas*, Coimbra, 2004; CARLA AMADO GOMES, *Três Estudos de Direito da Educação*, Lisboa, AAFDL, 2002; PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1995; ANTONIO PEDRO BARBAS HOMEM, (organ.) *Temas de Direito da Educação*. Coimbra: Almedina, 2006; ALEXANDRA LEITÃO, *Enquadramento Jurídico-Constitucional da Política Pública de Educação*, In RODRIGUES, Maria de Lurdes (Org.). *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*, Coimbra, 2014. ANTONIO PEDRO BARBAS HOMEM, LUÍS GUIMARÃES DE CARVALHO E JOÃO ATANÁSIO, *Legislação de Educação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p.7, apontam que: "vários aspectos revelam esta cada vez maior importância do Direito da Educação: o aumento progressivo de um Direito Internacional da Educação; a multiplicação de leis sobre temas educativos, embora muitas vezes inconsequentes e marcadas por antagonismos e contradições, sempre de evitar, em homenagem à boa técnica de elaboração legislativa; a procura de uma tutela judicial adequada para os direitos e expectativas, com o consequente aumento da litigiosidade judicial dos conflitos educativos, bem espelhado na jurisprudência dos Tribunais Superiores e, em especial, do Tribunal Constitucional".

³⁵ ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *Direitos e deveres fundamentais de professores, pais e alunos perante a autonomia das escolas in Educação e Direito – Revista nº 1, 1º semestre*, Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação, Lisboa, 1999, p. 89, assinala que foi o jurista italiano GAETANO FILANGIERI o primeiro autor a formular a ideia de que o direito da educação integraria a "ciência da legislação", cujos ensinamentos influenciaram, decisivamente, o jurista ANTÓNIO RIBEIROS DOS SANTOS, que defendeu a autonomia do direito da educação como parte do Novo Código de Direito Público da monarquia portuguesa, no reinado de D. Maria I. Sobre o conceito de direito educacional, cf. ANDRÉ TRINDADE, *Direito Educacional e Direitos Fundamentais: uma relação real*, Curitiba, 2007, pp. 41 a 50; REGINA PAIVA, *Direito Educacional: do fato para o direito*, Curitiba, 2007, pp. 63-96.

³⁶ Cumpre ressaltar o escólio de JEAN PIAGET, *Para onde vai a educação?*, Rio de Janeiro, 1994, p. 35., para quem "o direito à educação é, portanto, nem mais nem menos, o direito que tem o indivíduo de se desenvolver normalmente, em função das possibilidades de que dispõe, e a obrigação, para a sociedade, de transformar essas possibilidades em realizações efetivas e úteis".

³⁷ CARLOS CÉZAR BARBOSA, *Responsabilidade civil do Estado e das instituições privadas nas relações de ensino*, Rio de Janeiro, 2004, p. 8, consigna que não se pode confundir educação com o seu acesso, uma vez que o último traduz-se como atividade-meio para se levar a efeito um determinado processo educacional - o sistema educacional formal, influenciado estrutural e pedagogicamente pelas políticas públicas. Por sua vez, o direito de acesso à educação de qualidade engloba vários níveis de ensino e direitos conexos, tais como direito à matrícula, direito ao transporte escolar, direito à assistência escolar, direito à merenda escolar, direito ao material escolar etc.

e pós-graduação³⁸, destaca-se o seu estudo como dever fundamental – a educação como dever fundamental – fomentando o crescimento de especialistas na área³⁹.

Já a palavra educação⁴⁰ refere-se a todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.

De fato, o conceito de educação reúne a dimensão objetiva e a subjetiva. A dimensão objetiva reflete-se no art. 1º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996⁴¹, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, e toda a legislação restante. Já a Dimensão subjetiva da educação seria aquela voltada exclusivamente ao indivíduo e aos benefícios diretos a ele agregados⁴².

A expressão educação também pode ser dividida nas acepções da educação escolar e educação social. A primeira se refere ao sistema de educação pré-escolar e ao sistema de ensino de todos os tipos, desde que realizada no contexto escolar, com programas de estudo, perfis de docentes pré-definidos, avaliação, certificação e diploma escolar). Já a educação social abrangeria todas as modalidades de educação realizada nos contextos sociais mais heterogêneos, sem características escolares, a começar pela família⁴³.

³⁸ O analfabetismo está quase erradicado nos países que compõem a União Europeia, mas entre os temas educacionais mais discutidos, atualmente, destacam-se a necessidade da qualidade de ensino público, liberdade de ensino, a mobilidade educacional, concorrência paritária etc.

³⁹ Nesse sentido REGINA PAIVA, *Direito Educacional: do fato para o direito*, Curitiba, 2007, p. 95, defende que a formação de especialistas em Direito Educacional, com conhecimentos aprofundados na fenomenologia da educação, será benéfica para uma melhor compreensão e equacionamento das relações jurídicas no âmbito da educação.

⁴⁰ O conceito de Educação no dicionário de pedagogia é “o conjunto de processos geralmente dirigidos pelos adultos que, voluntária e intencionalmente, desenvolvem as potencialidades do ser humano para o levar a desempenhar um papel ativo e responsável na sociedade em que vive”, Cf. ARÉNILLA, Luis et al. *Dicionário de pedagogia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 168. Sobre a diferença entre as expressões educação e ensino, cf. NINA RANIERI, *op. cit.*

⁴¹ “Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”.

⁴² Cf. DENISE SOUZA COSTA, *Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21.

⁴³ Nesse sentido, JOAQUIM AZEVEDO defende que “educação escolar e social não se traduz apenas em percursos de socialização e de formação para o exercício da cidadania responsável, traduz-se, antes e acima disso, em *percursos de personalização*, de irrupção da subjectividade autónoma de cada um no confronto livre com os outros, em relações de amor e de árduo trabalho, em dinâmicas sociais de interdependência, de cooperação e de liberdade, de busca da verdade e de abertura à dimensão

3.1.2. Educação, escolaridade e ensino obrigatório

Mais relevante ainda para a presente tese, é a distinção entre as expressões *educação*⁴⁴ e *ensino obrigatório*, até porque não se propõe neste trabalho defender a educação em sentido amplo como um dever fundamental, mas analisar uma das etapas do ensino formal assegurada, expressa ou implicitamente, aos cidadãos nas Constituições dos Estados Democráticos.

A educação destina-se ao desenvolvimento da personalidade, tendo, por isso, um conteúdo mais abrangente⁴⁵, que inclui não apenas a transmissão de conhecimento científico e técnico, mas também de outros valores, tais como a tolerância, a compreensão mútua, a solidariedade, a responsabilidade e a participação democrática na vida coletiva (artigo 73, n.º 2 da CRP). O ensino, por sua vez, prende-se mais estritamente com a transmissão e aquisição de conhecimentos e aprendizagens, ou seja, uma dimensão formal da educação através da escola⁴⁶, bem como através de outras formas reconhecidas pelo Estado.

A educação⁴⁷ não pode ser analisada apenas como um direito fundamental⁴⁸, mas também como o dever mais humano dos deveres humanos.

transcendente do ser humano” (*Liberdade e Política Pública de Educação: ensaio sobre um novo compromisso social pela educação*, Gaia, 2011, p. 124).

⁴⁴ Etimologicamente, o substantivo educação deriva do latim *educatio, educationis*, indicando a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural. Cf. FRANCISCO TORRINHA, *Dicionário Latino Português*, Porto, 1942, p. 278. Nesse mesmo sentido, cf. HOUAISS, 2003, p. 1101.

⁴⁵ Cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Enquadramento Jurídico-Constitucional da Política Pública de Educação*, In RODRIGUES, Maria de Lurdes (Org). *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*, Coimbra, 2014, p. 93.

⁴⁶ O artigo. 74.º da CRP estabelece que “todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar” (n.º 1) e que o Estado (n.º 2) deve assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito, visando superar as desigualdades, com base no artigo 26.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi objeto de recepção material pelo art. 16.º, n.º 2, da CRP.

⁴⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. O art. 6º da CF/88 já foi alterado por três emendas constitucionais, que aduziram ao seu texto como direitos sociais a moradia, a alimentação e o transporte, através das Emendas Constitucionais de nº26, de 14 de fevereiro de 2000, de nº 64, de 04 de fevereiro de 2010 e de nº 90, de 15 de setembro de 2015. Entretanto, o direito à educação permanece desde a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, como primeiro direito fundamental social

⁴⁸ Para uma análise da polissêmica expressão direitos fundamentais, que recebe indevidamente outras designações como direitos do homem, direitos humanos, direitos individuais, direitos naturais etc., a doutrina majoritária considera que os direitos humanos correspondem a uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, correspondendo estes a uma categoria descritiva daqueles positivados no ordenamento. Sobre a matéria, impende ressaltar as opiniões de alguns

Inequivocamente, ao mesmo tempo que necessitam todos os animais⁴⁹ de alimentação, de um *habitat* para coexistir com seus pares, de um conjunto de fatores que permitam a continuidade da existência de suas espécies, somente o ser humano precisa se educar. Dentre as ações que são praticadas pelos animais para manter sua sobrevivência (alimentar-se, fixar um local de abrigo etc.), só o ser humano sente a necessidade de se educar, de desenvolver, continuamente, seu intelecto.

Embora a Constituição Federal de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei n.º. 9.394/1996, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n.º. 8.069/1990, disponham sobre as expressões educação e ensino como sinônimas ou complementares⁵⁰, sem maiores preocupações técnicas, o ensino é um dos meios de desenvolvimento da educação, caracterizando-se pela transmissão objetiva, dirigida e metodizada de conteúdos educativos, quase sempre no

abalizados autores: PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1998, pp. 30 e ss., entende que a expressão direitos fundamentais e sua formulação jurídico-positiva como direitos constitucionais é um fenômeno relativamente recente e suas raízes históricas remontam aos avanços históricos do pensamento humanista, correspondendo à fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais. Diferencia as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” pelo diferente grau de concreção positiva das categorias, ensinando que o segundo aparece com um conceito mais amplo e impreciso que o do segundo. Vale dizer, acredita que, enquanto os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as existências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional, os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito, já que tão somente descrevem um conjunto de direitos e liberdades jurídicas e institucionalmente reconhecidas pelo direito positivo; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, pp. 7 e ss.; *Estado Social e Direitos Fundamentais, Doutrina: Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 15 anos*, Brasília, 2005, pp. 201, leciona que o conceito de direitos fundamentais, assim como o conceito de Constituição, surge indissociável da ideia de Direito Liberal, pois somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 2006, p. 50, prefere adotar a expressão “direitos da pessoa humana”, porque “direitos humanos” pode ter conotação de direitos da Humanidade ou direitos humanitários, o que seria mais restrito. Sobre a temática conferir também FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 2005, pp. 57 e ss.

⁴⁹ Para FERNANDO SAVATER, *O valor de educar*, Lisboa, 1997. p. 33, para ser humano não basta nascer, é necessário também aprender, na medida em que a genética nos predispõe para sermos humanos, mas só por meio da educação e da convivência social conseguiremos, efetivamente, sê-lo.

⁵⁰ NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI exemplifica o uso indiscriminado das expressões educação e ensino ao apontar que: “a LDB, v.g., refere-se indistintamente a instituições de ensino e instituições de Educação Superior (arts. 44, I e III; 49, 50, 51 etc.), a sistemas de ensino e instâncias educacionais (art. 8º.); noutras vezes, emprega Educação e ensino como noções complementares, etapas de um mesmo processo (v.g., “a Educação Superior tem por finalidade [...] comunicar o saber através do ensino, cf. inciso IV, do citado art. 43). No ECA, “educação”, isoladamente, está nos arts. 54, I, II, III, V, VI, VII, e parágrafos, 55, 56, *caput*, e 57. O ECA prevê ainda a Educação sanitária no art. 14” (*O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*, In ABMP, *Todos pela educação* (organização). *Justiça pela qualidade na educação*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 72).

ambiente escolar⁵¹, sendo utilizadas aqui nesta tese as expressões ensino formal e instrução como sinônimas, embora esta corresponda ao substrato do ensino formal⁵².

De fato, a definição de ensino⁵³ como educação escolar encontra-se na Convenção contra a Discriminação na Escola de 1960, art. 1º, n. 2⁵⁴, tendo sido consagrado no artigo 1º da LDB⁵⁵, que o ensino obrigatório não se limita à prestação numa escola, não sendo, pois, a utilização da expressão escolaridade obrigatória⁵⁶ a mais adequada.

Por sua vez, a etapa considerada como ensino obrigatório vai sofrer alargamento no decorrer das Constituições Brasileiras e Portuguesas, como será constatado na presente tese, sendo que, em que pese a expressão ensino básico obrigatório não existir na Constituição Brasileira de 1988, como na Constituição Portuguesa de 1976 (artigo nº 74, nº 2, a) da CRP), ele acaba por defluir, entretanto, da recente alteração promovida pelo poder reformador, através da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, combinando o novo inciso I do artigo 208 da CF com o seu § 1º⁵⁷.

⁵¹ Cf. CÁSSIO CAVALCANTE ANDRADE, *Direito educacional: interpretação do direito constitucional à educação*, Belo Horizonte, 2010, p. 47.

⁵² A Constituição Italiana de 1947 também distingue instrução de educação no artigo 30: “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire e educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”.

⁵³ A expressão instrução será utilizada na presente tese como sinônima de ensino formal, haja vista que a instrução exprime o processo de aquisição e acumulação de conhecimentos. Para JOHAN FRIEDRICH HERBART, *Pedagogia Geral*, Lisboa, 2010, p. 30, a instrução (*der Unter-richt*) e a cultura moral (*die Zucht*) constituem para o pedagogo dois grandes meios para o educador cumprir sua missão, pois ele deve instruir e educar moralmente, formar.

⁵⁴ No Brasil, cf. Decreto n. 63.223, de 6 de setembro de 1968.

⁵⁵ Mais uma vez é relevante ressaltar o conceito de educação pela LDB, qual seja o previsto no artigo 1º: “Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. § 1º. Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. § 2º. A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”.

⁵⁶ MARIA DE LOURDES RODRIGUES distingue os conceitos de escolarização e de escolaridade ao afirmar que escolarização diz respeito a garantir o cumprimento da lei no que respeita à frequência da escola por todas as crianças nas idades abrangidas pela escolaridade obrigatória. Já escolaridade seria a efetividade das aprendizagens dos resultados obtidos, da eficácia do sistema de ensino (*A escola pública pode fazer a diferença*, Coimbra, 2010, p. 82).

⁵⁷ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. (...) § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

3.2. Delimitação da expressão dever fundamental

3.2.1. A expressão Dever fundamental

3.2.1.1. Dever jurídico e Dever moral

Antes de tratar da expressão dever fundamental, faz-se necessário distinguir as expressões dever jurídico e dever moral.

O conceito de dever jurídico⁵⁸ transcende o direito das obrigações, pois há deveres jurídicos que não geram nenhum tipo de obrigação, como no direito real fundado num dever de não-intromissão da propriedade.

Para DE PLÁCIDO E SILVA⁵⁹, dever moral caracteriza-se em ser livremente e voluntariamente assumido, não havendo imposição de ordem legal que possa compelir a pessoa a cumpri-lo, já o dever jurídico, dependa ou não da vontade humana, estabelece sempre um *vinculum juris*, de que se gera a necessidade jurídica de ser cumprido aquilo a que se é obrigado.

3.2.1.2. Dever fundamental e dever jurídico

Os deveres fundamentais são deveres jurídicos⁶⁰ (*officia iuris*)⁶¹ que traduzem as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas⁶², reconhecidas e efetivadas em legislação que nasce do poder soberano.

⁵⁸ Cf. ARI MARCELO SOLON, *Dever jurídico e Teoria Realista do Direito*, Porto Alegre, 2000, p. 146.

⁵⁹ Cf. DE PLÁCIDO E SILVA, SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Vol. II, Rio de Janeiro, 1991, pp. 67-68.

⁶⁰ Sobre os deveres jurídicos, GENARO CARRIÓ, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Argentina, 1965; ARTHUR CAVALCANTI, *A estrutura lógica do direito*, Rio de Janeiro, 2006. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 177, ensina que os deveres fundamentais são “de natureza jurídica (ainda que nem todos, porventura, equivalham a deveres na tradição ou acepção do direito privado) – porque criados por verdadeiras normas jurídicas, as normas constitucionais”.

⁶¹ KANT, *Metafísica dos Costumes, Parte I, Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 45, ensinava que “todos os deveres são ou *deveres jurídicos (officia iuris)*, isto é, aqueles para os quais é possível uma legislação exterior, ou *deveres de virtude (officia virtutis s. ethica)*, para os quais semelhante legislação é impossível; os últimos não se podem submeter a nenhuma legislação exterior, porque se dirigem a um fim que é, ao mesmo tempo, um dever (ou é um dever tê-lo); mas nenhuma legislação exterior pode conseguir que alguém se proponha um fim (porque é um acto interno do ânimo); embora se possam ordenar acções externas que a ele induzam, sem que o sujeito a si proponha como fim”.

⁶² cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 76.

Ao contrário do que se sucede com os direitos, os deveres fundamentais são, em larga medida, criação do legislador constituinte, pois correspondem a posições jurídicas passivas subjetivas imputadas ao indivíduo pela própria Constituição⁶³.

A *Constituição dos deveres fundamentais* consiste em deveres jurídico-constitucionais que afirmam opções ético-sociais, decorrentes de dimensões estruturais coexistentes - na própria consistência do ser humano⁶⁴ - quanto de um contexto histórico específico, definidas pelo poder constituinte, que inspirarão toda construção do arcabouço infraconstitucional relativo à matéria. Entretanto, a criação de novos deveres fundamentais não pode fazer tábua rasa dos princípios ordenadores em que se assenta a práxis da comunidade eventualmente carecida de uma nova Constituição, ou seja, dos princípios constitutivos da ideia de Direito dessa comunidade concreta, uma vez que há princípios preexistentes e ordenadores da práxis comunitária.

Sem embargo, em que pese serem apresentados como limites aos direitos fundamentais, os deveres fundamentais consistem numa categoria constitucional autônoma⁶⁵ ao lado daqueles, pois devem ser considerados valores constitucionais autônomos que expressam interesses comunitários próprios ou correlatos aos direitos fundamentais⁶⁶. A aplicação aos deveres fundamentais legalmente constituídos não equivale à sua equiparação a restrições legais aos direitos fundamentais ou apenas como seus limites imanentes⁶⁷.

⁶³ Cf. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 255 e 294. O autor consigna que “os deveres fundamentais são expressão da estatualidade ao seu mais alto nível – isto é, ao nível da soberania constitucional (constituente e de revisão constitucional) e ao nível da soberania legislativa”.

⁶⁴ Os deveres fundamentais não podem ser confundidos com virtudes humanas. KANT, *Metafísica dos Costumes, Parte I, Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 36, já ensinava que não existe do dever de possuir sentimentos, pois eles não nascem da vontade, não podem ser exigidos. Por exemplo, o Estado não pode obrigar o cidadão a amar a pátria, mas pode obrigar o cidadão a proteger a pátria, a permitir o funcionamento regular do Estado, a pagar os tributos, a cursar o ensino básico para que as relações sociais não sejam prejudicadas etc.

⁶⁵ Nesse sentido, cf. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 220; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 533; C. CARBONE, *I Doveri Pubblici Individuali nella Costituzione*, Milão, p. 43; PAULO OTERO, *Instituições...*, cit., p. 538.

⁶⁶ GREGORIO PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, Madrid, 1987, pp. 9 e ss., ensina que, diferentemente do que acontece com os direitos fundamentais, cuja raiz ética prévia (a moralidade dos direitos fundamentais) é evidente, os deveres fundamentais são, em alguns casos, consequência, da convenção e do exercício do poder soberano, titular da produção normativa.

⁶⁷ No abalizado escólio da GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 535, “mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos – dever de defesa do ambiente, dever de educação dos filhos – não se pode dizer que estes deveres constituem “restrições” ou “limites imanentes” dos direitos com ele conexos. O dever de defesa do ambiente não é uma “restrição” do direito ao

Sucedem que, ao passo que nem todos os deveres e ônus a que estão ou podem estar limitados os cidadãos nas relações com o Estado ou entre si podem ser considerados fundamentais⁶⁸, não se pode admitir uma lista fechada⁶⁹ dos deveres fundamentais na Constituição; deveres fundamentais expressos na Constituição poderão sê-los apenas numa perspectiva formal e deveres considerados como legais podem ser considerados, materialmente, fundamentais. V. g., i) Não apenas “cessa o dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de qualquer crime” (art. 271º, nº 3 da CRP), mas nasce também o dever de resistência às práticas abusivas, sob pena do servidor responder solidariamente; ii) assim como na Carta Portuguesa⁷⁰ (art. 57º, nº 3), há na Constituição Brasileira, implicitamente, o dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9º, § 1º da CF/88), que é exigido numa norma infraconstitucional, qual seja a Lei nº 7.783 de 1989⁷¹.

ambiente”, o dever de educação dos filhos não é uma “restrição do direito ao ambiente”, o dever de educação dos filhos não é um “limite imanente” do direito de educação dos pais”.

⁶⁸ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 178, acredita que existem os deveres extraconstitucionais - deveres legais, mas não fundamentais - dever de registro, dever de colaborar com a justiça. Além disso, existem também os deveres constitucionais organizatórios que não se confundem com os deveres fundamentais, pois correspondem a competências obrigatórias dos órgãos constitucionais, tais como: o dever de legislar, o dever de julgar, o dever de governar e o dever de administrar.

⁶⁹ Em sentido favorável a uma possível abertura aos deveres fundamentais, cf. SANTIAGO VARELA DIAZ, *La Idea de deber constitucional*, cit., p. 71; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, p. 147. Em sentido contrário: JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, p. 179, ensina que os “deveres fundamentais confirmam-se na Constituição; CRISTINA PAUNER CHULVI, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001, p. 43, defende que “nos encontramos ante un catálogo cerrado de deberes de modo que solo son tales consagrados explicitamente en el Texto constitucional y que no les resulta aplicable la distinción cuñada para los derechos fundamentales y constitucional espuesto que, a pesar de su diferente ubicación, responden a los mismos criterios de eficacia y naturaleza jurídica” e CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 171, entende que os deveres fundamentais são *numerus clausus*, devendo-se respeitar o princípio da tipicidade, só podendo ser admitidos como deveres aqueles expressos ou os implícitos que resultem das normas constitucionais, pois todos os demais seriam deveres puramente legais ou deveres extra-constitucionais. Para CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 141, “em razão do facto de o dever se traduzir na imposição de obrigações ao cidadão, as quais redundam num condicionamento da liberdade, não existe na CRP uma cláusula aberta de deveres assimilável à norma ínsita no artigo 16º/1”.

⁷⁰ Sobre o rol de deveres na Constituição da República Portuguesa de 1976, cf. GUILHERME FONSECA, *Os deveres previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP)*, Coimbra, 2014, pp. 399-405.

⁷¹ Em relação ao direito de greve dos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de 25 de outubro de 2007, julgou procedente o pedido de três mandado de injunção (MI 712, Rel. Min. Eros Grau, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 670, Rel. Maurício Corrêa) e, adotando um posicionamento concretista, passou a assegurar o exercício deste para os servidores públicos, propondo a

De fato, os deveres fundamentais decorrem do princípio da sujeição do cidadão à ordem constitucional, correspondendo às sujeições passivas impostas pelo Estado indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais⁷², que podem ultrapassar a Constituição formal.

3.2.2. Dever fundamental e ensino obrigatório

3.2.2.1. Ensino obrigatório como dever fundamental: densidade jurídica do dever fundamental de instrução

Para que seja admitido um novo direito ou dever fundamental, é indispensável que o mesmo apresente densidade jurídica suficiente⁷³.

Sucedem que o direito vive necessariamente de conceitos indeterminados⁷⁴, na medida em que se trata de ciência multicultural, cujas definições serão consolidadas pela interpretação da sociedade aberta de intérpretes. A ciência jurídica congrega proposições jurídicas⁷⁵ que são constantemente redefinidas pelo jurista, que dia-a-dia transforma os interesses sociais em enunciados dogmáticos que geram consequências jurídicas e deverão ser interpretados sistematicamente por uma sociedade descentralizada e plural, vocacionada para a instauração de um modelo de democracia deliberativa e não apenas representativa⁷⁶.

solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei n° 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

⁷² PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, p. 538, defende que deveres fundamentais são pressupostos de existência e funcionamento do próprio Estado, pois “nenhuma comunidade política pode sobreviver se os seus membros possuírem apenas direitos e não tiverem quaisquer deveres verticais para com essa comunidade, motivo pelo qual é ainda na razão da própria existência do Estado que se deve encontrar o fundamento de tais deveres fundamentais”.

⁷³ LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006, p. 421, considera que “pour admettre un nouveau principe juridique encore faut-il que celui-ci soit présent dans le texte et la jurisprudence et possède une densité juridique suffisante”.

⁷⁴ Sobre a matéria, cf. também PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2007, pp. 158 e ss; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, vol. II*, Coimbra, 2003, p. 105 e ss.

⁷⁵ Cf. HANS Kelsen, *Teoria pura do direito*, São Paulo, 1999, p. 80.

⁷⁶ Cf. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Ensaio sobre a lei*, Coimbra, 2002, p. 182.

Sem embargo, a exigibilidade dos deveres fundamentais⁷⁷ prescinde da delimitação do seu conceito, até porque eles consistem em opções políticas do titular do poder constituinte, que serão reconhecidas pelas condições de realizabilidade garantidas, em harmonia com os demais valores sociais⁷⁸.

Logo, é fundamental que ao ensino obrigatório seja reconhecida e efetivada em legislação que nasce do poder soberano⁷⁹. Não é por menos que, como fora observado no capítulo anterior, está presente em inúmeros tratados e acordos internacionais que Brasil e Portugal são signatários, assim como está consignado expressamente nas atuais Constituições Brasileira e Lusitana, haja vista que abrange princípios e regras que demonstram as decisões políticas do legislador constituinte, não olvidando que o ensino obrigatório foi alçado como único dever fundamental à condição de direito público subjetivo, em caráter expreso, na Constituição Cidadã (art. 208, § 1º da CRFB/1988)⁸⁰.

Com efeito, a densificação normativa-constitucional do ensino obrigatório será configurada pela construção de uma Constituição do Ensino Básico, em que esse dever fundamental possui estrutura normativa própria⁸¹.

⁷⁷ Para PECES-BARBAS, os deveres fundamentais não são meras imposições assentadas em virtudes humanas. Constituem, em verdade, num modelo recíproco próprio contrato social, onde por fim, os cidadãos terão dever de obediência ao Estado. O Estado por sua vez terá o dever de garantia de direitos e assim se desenvolverá a sociedade política (*Los deberes Fundamentales*, Doxa: Alicante, n. 4, 1987, p. 337).

⁷⁸ Cf. MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, 2004, p. 22.

⁷⁹ Cf. CARLOS ROBERTO JAMIL CURY, *A educação nas constituições brasileiras*, Rio de Janeiro, 2005, p. 19.

⁸⁰ “Art. 208, § 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

⁸¹ ANTÔNIO DE ALMEIDA OLIVEIRA estabeleceu em *O ensino público*, Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, parâmetros objetivos para a criação da legislação específica sobre o ensino básico, quando afirma que: quatro requisitos essenciais devem preencher a lei da instrução obrigatória: “Primeiro – estabelecer a idade escolar, e determinar o perímetro das escolas. Segundo – dar ao executor todos os meios de verificar se há meninos que deixam de aprender. Terceiro – autorizar socorros aos pais que por sua pobreza não puderem mandar os filhos à escola, como que estes sejam fornecidos de roupa e de todo material preciso para o ensino. Quarto – estatuir a penalidade, em que hão de incorrer os pais que por culpa deixarem de dar instrução aos filhos e dispor sobre a execução dela”. A educação obrigatória deve ser entendida como um dever para as crianças e suas famílias, e também para o Estado. Os pais não podem negar-se à educação dos filhos e o Estado deve garantir que todos possam cursar a educação obrigatória, eliminando os obstáculos financeiros e de outras naturezas que possam impedir a conclusão dos anos de estudo considerados obrigatórios em cada país. O número de anos que devem abranger a educação obrigatória depende da duração mínima necessária para estender as oportunidades para aqueles que estão em situação de maior desvantagem social e educacional, que oscila entre seis e treze anos na América Latina. Sobre a idade inicial para a educação obrigatória, numerosas pesquisas mostraram que a educação nos primeiros anos tem grande incidência no desenvolvimento dos seres humanos e altos retornos sociais e econômicos. Sobre a idade final, o documento recomenda que a educação obrigatória

3.2.2.2. Ensino obrigatório como dever fundamental transdimensional

3.2.2.2.1. As dimensões dos deveres fundamentais

A teoria dimensional dos direitos fundamentais⁸² permite identificar a existência de deveres fundamentais que foram sendo reconhecidos ao longo da história, a partir de cada dimensão dos direitos fundamentais.

Com efeito, a ampliação dos direitos fundamentais implicou a criação de novos deveres fundamentais para protegê-los, o que permite identificar dimensões de deveres associadas aos direitos fundamentais.

3.2.2.2.1.1. Deveres fundamentais de primeira dimensão

Os deveres fundamentais de 1ª dimensão⁸³ seriam aqueles que corresponderiam às sujeições passivas indispensáveis à existência do Estado Liberal e manutenção das liberdades e propriedade: a) dever de defesa da pátria; b) dever de pagar tributos; c) dever de sufrágio etc.

não termine antes da idade mínima de admissão ao trabalho em cada país e compatibilizada com a idade de responsabilidade penal”.

⁸² Sobre a teoria dimensional dos direitos fundamentais, considera JORGE MIRANDA, *Estado Social...*, 2005, pp. 2001 e ss., que o termo geração é inadequado por sugerir uma sucessão de categoria de direitos, umas substituindo-se às outras, e, em verdade, o que se verifica num Estado Social de Direito é um enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 54, atesta que esta não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos. PAULO BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 525, afirma que “força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

⁸³ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 296, considera que as duas primeiras dimensões “são a outra face do conjunto de direitos fundamentais de liberdade e de participação política, são pois deveres imprescindíveis a qualquer comunidade estadual democrática, já que eles exprimem o comprometimento e a responsabilidade dos cidadãos relativamente à existência e funcionamento dessa mesma comunidade”.

3.2.2.2.1.2. Deveres fundamentais de segunda dimensão

A afirmação dos deveres fundamentais de 2ª dimensão, por sua vez, está associada ao reconhecimento dos direitos sociais conquistados, no período entre o advento da Revolução Industrial e a Segunda Guerra, exigindo comportamento dos particulares que viessem a atender os interesses da coletividade, quais sejam, entre outros: dever de proteger a saúde⁸⁴; dever de trabalhar⁸⁵; dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9º, § 1º da CF/88); dever dos pais em assistir, criar e educar os seus filhos (art. 229 e art. 5º, LXVII); o dever dos filhos em amparar os pais (art. 229); dever de prestação de contas (art. 70, parágrafo único); dever de respeito à função social da propriedade (art. 182, § 4º e art. 186), entre outros.

3.2.2.2.1.3. Deveres fundamentais de terceira dimensão

A 3ª dimensão dos deveres fundamentais decorre da lógica de solidariedade⁸⁶ responsável inerente ao Estado Social, haja vista que os mesmos passam a cumprir uma tarefa de redistribuição, influenciados pelos ideais de solidariedade⁸⁷,

⁸⁴ Para VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 159, o estabelecimento do dever de proteger a saúde não afeta o conteúdo do direito individual à proteção da saúde, justificando-se restrições da liberdade por via legislativa, tais como proibição de fumar, obrigatoriedade de vacinação etc.

⁸⁵ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 158, aponta que o direito de trabalhar e o dever de trabalhar não se confundem, pois isso só será admitido num sistema coletivista e de planificação centralizada. Ressalta o autor que dever de trabalhar não decorre da possibilidade do trabalho forçado ou da funcionalização do trabalho às necessidades comunitárias, mas sim se o seu exercício for indispensável à independência nacional e o bem-estar geral.

⁸⁶ Leciona MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 110, que a CF ao estatuir como objetivo da República Federativa, no art. 3º, I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, há um direito-dever de solidariedade social, fundado no princípio da solidariedade, que deve ser observado não somente na elaboração da legislação ordinária e na execução de política públicas, “mas também no momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade”.

⁸⁷ PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I*, Coimbra, 2007, p. , considera que os deveres fundamentais revelam “a horizontalização da dimensão social do ser humano, enquanto manifestação de uma ideia de solidariedade fundada na dignidade humana que tem de existir em toda a sociedade: se cada um de nós é guarda do seu irmão, tendo a sua própria dignidade condicionada pela

assumindo os indivíduos uma série de obrigações concretas para contribuir na ordem social, visando proteger interesses transindividuais. Corresponderiam ao: dever de preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural⁸⁸ (art. 216, § 1º); dever de defesa do meio ambiente (art. 225)⁸⁹.

3.2.2.2.1.4. Deveres fundamentais de quarta dimensão

Por sua vez, a 4ª dimensão dos deveres fundamentais tende a reconhecer obrigações que se aproximem dos deveres humanos, rompendo a perspectiva contratual de ROUSSEAU dos deveres fundamentais para sua universalização⁹⁰ kantiana, visando proteger o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo em sentido global⁹¹ (v. g. dever de cooperação com os povos da América Latina, contido no art. 4º, parágrafo único, da CRFB/88), bem como deveres que protejam a identidade do ser humano, em face aos avanços da genética⁹² (v. g., dever de proteção à manipulação do material genético – art. 225, § 1º, II da CRFB/88).

dignidade dos seus semelhantes, então a vivência em sociedade postula deveres fundamentais de cada ser humano perante os demais seres humanos das gerações presentes e também das gerações futuras”.

⁸⁸ Sobre a matéria, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007, p. 36 e ss., sustenta que há uma flagrante “angústia de identificação geracional” quanto ao direito à cultura que implicariam dificuldades à identificação do próprio dever de proteção à cultura, na medida em que a respectiva noção jurídica de *cultura* transforma-se ao longo das sucessivas etapas da sua evolução, cujo conteúdo parece estar “sempre a par do seu tempo”, correspondendo, pois, a um direito de primeira, segunda e terceira gerações, ao mesmo tempo, na medida em que também assume estrutura jurídica complexa, que apresenta, simultaneamente, elementos típicos de cada uma das gerações de direitos fundamentais: a dimensão da liberdade, do direito a prestações públicas e do direito de participação.

⁸⁹ Sobre a matéria, cf. CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, *maxime* pp. 151 a 222. A autora consigna que “o dever fundamental de protecção do ambiente, porque incide sobre uma realidade transindividual, encontra também, como qualquer outro dever, o seu fundamento na solidariedade comunitária que onera o indivíduo no Estado Social”.

⁹⁰ Para VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 157, “deve-se entender que há deveres fundamentais dos cidadãos, ainda que não escritos, que decorrem da obediência de todos os homens, pelo facto de o serem, a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem”.

⁹¹ Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso...*, *cit.*, p. 525.

⁹² Para NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, *cit.*, pp. 6 e ss., os direitos fundamentais também se dividem em quatro gerações. Na primeira geração, emergiu os direitos de liberdade – aqueles direitos que exigem um não-agir do Estado. Na segunda geração, manifestaram-se os direitos sociais, que consubstanciam poderes ao cidadão de impor ações positivas do Estado. Na terceira geração, foram expressados os direitos constituiriam uma categoria, ainda excessivamente heterogênea e vaga, sendo o mais importante deles o direito de viver num ambiente não poluído. A quarta geração albergaria as novas exigências referentes aos efeitos da pesquisa biológica, que permitirá a manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.

3.2.2.2. Perspectiva transdimensional do ensino obrigatório e a Teoria da Indivisibilidade dos Deveres Fundamentais

Inicialmente, traduzir-se-ia o ensino obrigatório como dever fundamental de 2ª dimensão, haja vista que a sua afirmação nas Constituições escritas está associada ao reconhecimento dos direitos sociais conquistados no período Pós-Revolução Industrial, exigindo comportamento dos particulares que viessem a atender os interesses da coletividade.

Entretanto, a concepção do ensino como dever fundamental é atemporal, transversal⁹³, que corresponde à mutação do dever de escolaridade obrigatória no tempo, que é dever eminentemente de 2ª dimensão⁹⁴, mas também corresponde a um dever de primeira, terceira e quarta dimensões, ao mesmo tempo, na medida em que também assume estrutura jurídica complexa, que apresenta, simultaneamente, elementos típicos de cada uma das dimensões dos deveres fundamentais.

A atual conjuntura da instrumentalidade decorre da evolução da mudança paradigmática da proteção dos deveres fundamentais da teoria da progressividade para a teoria da indivisibilidade dos deveres⁹⁵.

⁹³ MONICA HERMAN S. CAGGIANO, *A Educação. Direito Fundamental*, São Paulo, EDUSP, 2009, p. 23, defende a transversalidade do direito à educação presente na primeira e segunda dimensões, ao consignar que “insuflado e robustecido pelos caracteres de índole coletiva, extraídos das duas últimas gerações de direitos, vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como processo de desenvolvimento individual, mas, também, o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos a alcançar os seus fins”.

⁹⁴ Como bem afirma INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004, p. 55, os direitos de segunda dimensão englobam prestações positivas e negativas, em face às denominadas “liberdades sociais”, abstenções estatais com o fito de reconhecimento de direitos fundamentais sociais.

⁹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra, 2000*, p. 217, entende que a interconexão de liberdades e direitos sociais afigura-se óbvia quer no processo histórico da sua formulação, quer no momento atual de exercício e efetivação. Assevera o constitucionalista de Lisboa que “a efectivação dos direitos sociais propicia a realização das liberdades ou de certas liberdades: se se assegura, por exemplo, o ensino básico universal, obrigatório e gratuito ou a educação permanente [art. 74, n. 2, alíneas a e c], é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender (art. 43) e da liberdade de criação cultural (art. 42). Finalmente, não faltam casos de harmonização: por exemplo, o direito ao trabalho não pode ser efectivado com privação da liberdade de profissão (art. 47)”. Sublinha JOSÉ

Numa perspectiva, assimétrica, assim como os direitos, os deveres fundamentais formam um todo uno, indivisível, indissociável⁹⁶.

A teoria da progressividade dos direitos fundamentais cedeu espaço à teoria da indivisibilidade ou indissociabilidade. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e, principalmente, a partir da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1968, realizada em Teerã, que já se afirmara que a realização plena dos direitos civis e políticos não seria possível sem que fossem garantidos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Com efeito, a teoria da indivisibilidade afirma justamente a condição dos direitos sociais e econômicos como pressupostos de exercício das liberdades políticas e individuais. Até o final do século XIX, ainda predominava a teoria da bipartição dos direitos fundamentais, privilegiando os direitos individuais e as liberdades em relação aos direitos sociais e econômicos. Buscava-se, antes, prioritariamente, a efetivação dos primeiros e progressivamente, a concretização dos direitos sociais e econômicos⁹⁷. Os direitos sociais, econômicos e culturais não são contrapostos aos direitos e liberdades fundamentais; são complementares. Sucede, pois, que a igualdade real (ou jurídico-material ou social) não vale por si; vale enquanto dirigida à concretização da igualdade jurídica. Os direitos com estrutura de direitos sociais não contemplados no artigo 17.º da CRP, por exemplo, estão ao serviço de direitos de liberdade e, por isso, são, justamente, estes direitos que exigem a sua realização⁹⁸.

Na Constituição portuguesa, a teoria da indivisibilidade está assentada nos seus artigos 26.º e 76.º, ao estabelecer que a educação visa à plena expansão da

AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 2006, p. 59, que a Carta de 1988 fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos nela previstas integram-se em um todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais seriam contaminados de dimensão social.

⁹⁶ Como observou ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, *A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, 1991, pp. 41 e 42, "as propostas 'categorias' de direitos (individuais e sociais ou coletivos), complementares e não concorrentes, com variações em sua formulação, podem ser propriamente examinadas à luz da *unidade fundamental* da concepção dos direitos humanos. Logo tornou-se patente que tal unidade conceitual - e indivisibilidade - dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência, transcende as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diferentes instrumentos, assim como nos respectivos e múltiplos mecanismos ou procedimentos de implementação".

⁹⁷ Rezava o art. 54, nº 4, da Constituição de 1891 que consistia em crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atentar contra o gozo e exercício legal dos direitos políticos e individuais, não fazendo menção aos direitos sociais e econômicos.

⁹⁸ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *cit.*, 2005, p. 120.

personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais⁹⁹, devendo o Estado promover a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

Com efeito, o novo Estado compreendeu o reconhecimento dos denominados “direitos econômicos, sociais e culturais”, não tendente a absorver ou anular a liberdade individual, mas garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana, que exige conjugar as dimensões pessoais e coletivas¹⁰⁰.

Os direitos individuais e as liberdades e os direitos econômicos sociais e culturais devem permanecer juntos na concretização de uma ordem social livre, sem escala hierárquica¹⁰¹, uma vez que os últimos quando a serviço da concretização da liberdade, não apenas elevam o valor da liberdade, mas tornam-se, eles mesmos, direitos originais à liberdade¹⁰².

Ao mesmo tempo, o artigo 14 da Declaração de Teerã estabeleceu que “a existência de mais de 700 milhões de analfabetos no mundo é um gigantesco obstáculo que impede os esforços dirigidos ao cumprimento dos propósitos e objetivos da Carta das Nações Unidas e as disposições da declaração Universal dos Direitos Humanos. A ação internacional para erradicar o analfabetismo no mundo todo e a promoção da

⁹⁹ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *cit.*, 2005, p. 141.

¹⁰⁰ O artigo 205 da CF/88 e o artigo 22 da LDB refletem a importância da educação para a efetivação dos direitos e liberdades, ao disporem que: a) “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (artigo 205) e b) “a educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (artigo 22).

¹⁰¹ HEINER BIELEFELDT, *Filosofia dos Direitos Humanos*, São Leopoldo, 2000, pp. 124 e ss., também consigna que os direitos humanos são indivisíveis como um todo e sempre associados à consecução de uma política de direitos humanos com parâmetros de liberdade, igualdade e solidariedade, com observância da dimensão libertária fundamental, que é protegida juridicamente.

¹⁰² JORGE MIRANDA, *cit.*, p. 212, afirma que as diferenças entre os direitos, liberdades e garantias dos direitos sociais, basicamente, seriam as seguintes: enquanto os primeiros são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra outros poderes, os últimos são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção.

educação em todos os níveis exige atenção urgente”, *razão pela qual o respeito à indivisibilidade dos deveres fundamentais ultrapassa o ensino obrigatório*.

É intrínseca, portanto, a relação do dever de instrução e a efetividade dos deveres fundamentais¹⁰³. O reconhecimento das normas declaratórias e assecuratórias de direitos fundamentais pelo indivíduo depende, necessariamente, que lhe tenha sido assegurado qualquer instrução, mas prestação de serviço com mínima qualidade para que possa exercer seus direitos na sociedade da informação¹⁰⁴.

De fato, a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu mínimo conhecimento¹⁰⁵, haja vista que só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efetivar ou quando eles são violados ou restringidos¹⁰⁶. A construção da liberdade igual que aponta para a igualdade real¹⁰⁷, o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais¹⁰⁸.

¹⁰³ Para MARIA CRISTINA DOS SANTOS CRUANHES, *Cidadania: Educação e Exclusão Social*, Porto Alegre, 2000, pp. 83 a 86, educação e cidadania caminham juntas, são indissociáveis, pois quanto mais educados, mais serão capazes de lutar e exigir seus direitos e cumprir seus deveres, implicando que o acesso igualitário à educação permitiria que cada cidadão brasileiro reclame e force a efetivação deste direito universal, cujo obstáculo é a própria falta de formação e informação da maior parte da população.

¹⁰⁴ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual..., Vol. IV, cit.*, pp. 254-55.

¹⁰⁵ FERNANDO SAVATER, *O Valor de educar*, Lisboa, 1997, p. 71, considera que o analfabeto seria equiparado a uma criança que não sabe que ignora, pois não sente falta dos conhecimentos que não tem. Realmente, não se pode exigir de quem não conhece seus direitos conhecer aquilo que nem sequer se vislumbra.

¹⁰⁶ É a indispensável lição de JORGE MIRANDA, *Manual..., Vol. IV, cit.*, pp. 254-55., ao lembrar também que “promover o direito aos direitos ou a democratização do direito torna-se imperativo ainda mais urgente na conjuntura actual da lei e perante a chamada sociedade da informação”.

¹⁰⁷ No seu abalizado escólio, GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 480, entende que a liberdade igual significa, por exemplo, não apenas o direito à inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho. O que corresponderia não somente a ter a liberdade de aprender e o direito de estudar, mas ter acesso ao ensino de qualidade.

¹⁰⁸ Para MARIA CRISTINA BRITO LIMA, *A Educação como Direito Fundamental*, Rio de Janeiro, 2003, p. 31, o direito de acesso ao ensino fundamental é necessário para que o indivíduo possa ir em busca de oportunidades em igualdades de condições com os demais e quando não usufruído na idade ideal, quer em idade posterior, faz com que o homem não tenha a possibilidade de se profissionalizar, partindo, então, desde o início da puberdade, para os “trabalhos gerais”, que caracterizam a grande massa de mão-de-obra desqualificada brasileira.

Outrossim, o analfabetismo¹⁰⁹ implica restrições ao desenvolvimento da plena capacidade do indivíduo, na medida em que este sente a grande frustração de não poder prestar a sua contribuição, por completa falta de capacitação. Quantos não chegam a trabalhar porque não sabem ler¹¹⁰, compreender as distinções e mesmo ter a capacidade de aprender a manejar o equipamento necessário à produção do trabalho¹¹¹? Quem priva o ser humano do quadro de referência que determina seu julgamento e sua ação ataca sua dignidade, como se o obrigasse diretamente a agir de modo que ele jamais poderia fazê-lo livremente¹¹². O indivíduo que não conhece sua identidade histórica, linguística e cultural, tem sua dignidade interior violada, na proporção em que não pode desenvolver-se pessoalmente enquanto tal¹¹³, o que implicaria, inevitavelmente, um *dano existencial*¹¹⁴ educacional.

3.3. Delimitação da expressão Estado Constitucional Democrático

3.3.1. Estado Constitucional Democrático e ensino obrigatório

Qualquer que seja o conceito e a justificação, Estado só se concebe atualmente como Estado Constitucional e este, para ser um estado com as qualidades

¹⁰⁹ A expressão analfabetismo funcional é um amálgama semântico, um verdadeiro oxímoro, ou seja, duas palavras que não se combinam e nem se complementam, como uma “guerra justa”. O analfabetismo funcional decorre de uma prestação incompleta ou ineficiente do serviço educacional, que pode ser prestado pelo Estado ou por particulares. O direito à educação não é garantido somente pelas instituições educacionais estatais, mas também é dever da sociedade da família e da sociedade em assegurá-las. Entretanto, a maioria das famílias brasileiras, em razão do próprio processo histórico de colonização de exploração era formada por analfabetos, que, por sua vez, não poderiam oferecer nas suas residências condições mínimas para dar início às primeiras letras e o conhecimento das matérias exatas aos seus rebentos, razão pela qual foi depositada grande expectativa no cumprimento pelo Estado de sua responsabilidade educacional.

¹¹⁰ Para MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, *cit.*, p. 89, em termos microeconômicos, a educação permite ao indivíduo adquirir conhecimentos gerais e assimilar informações de modo mais eficiente, o que implica mais facilidade na adaptação a novos processos de produção e melhor capacidade de comunicação entre os trabalhadores com maior escolaridade.

¹¹¹ Cf. MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, *cit.*, p. 92

¹¹² O analfabeto não é incapaz, muito menos pode-se afirmar que desconhece plenamente seus direitos, até porque o acesso à educação ultrapassa a linguagem escrita, haja vista que existem inúmeras outras fontes de conhecimento, tais como as instruções familiares, os costumes, as práticas de uma comunidade. Entretanto, o ordenamento é reproduzido, nomeadamente, através de uma linguagem escrita, que exige o prévio conhecimento de símbolos escritos, quais sejam as letras do alfabeto.

¹¹³ Cf. THOMAS FLEINER, *O que são os direitos humanos?*, *cit.*, p. 12.

¹¹⁴ A doutrina italiana trata com muita propriedade o dano existencial, entre as obras, cf. PAOLO CENDON, *Il quantum nel danno esistenziale. Giurisprudenza e tabelle*. Giuffrè Editore, 2010.

identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático¹¹⁵.

Adotar-se-á na presente tese a concepção que o Estado Constitucional¹¹⁶ contemporâneo equivale ao *Estado Constitucional da Democracia participativa*¹¹⁷ responsável¹¹⁸, em que o homem migrou do *status* de súdito para cidadão, devendo observar as exigências da cidadania, fundadas no vínculo de pertencimento, que realçam a posição dos deveres fundamentais, demandando, assim, uma construção de uma teoria jurídica dos deveres, dentro dos pressupostos de uma teoria política democrática.

A democracia se fortalece com os direitos, mas também com os deveres, e a qualidade da democracia se reflete com a conjugação harmônica dos direitos e dos deveres dos cidadãos, para sustentar a própria democracia, mediante o exercício de uma *cidadania responsável*, que respeite os princípios e os valores constitucionais.

Entretanto, o discurso do Estado Democrático deve ser transmitido por gerações – as complexas relações sociais são transmitidas de uma geração para outra

¹¹⁵ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2004, pp. 88-89.

¹¹⁶ Para ZAGREBELSKY, *Estado Constitucional*, São Paulo, 2011, pp. 291 a 316, “estado constitucional” seria um modelo de orientação, “germinado do vasto mundo das concepções do ser humano e da sociedade humana, dos valores, das aspirações, da sensibilidade coletiva formada e difundida por meio de experiências e comportamentos, grandes conquistas e grandes tragédias, até se impor na cultura da nossa época e do nosso mundo”. Por sua vez, LUIGI FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, São Paulo, p. 431, ao analisar o Estado Constitucional, alega que, as “condições substanciais de validade das leis, que no paradigma pré-moderno se identificam com os princípios do direito natural e no paradigma paleopositivista tinham sido removidas pelo princípio puramente formal da validade como positividade, penetram novamente no sistema jurídico sob forma de princípios positivos de justiça estipulados em normas supra-ordenadas à legislação. De fato, no interior de um Estado de Direito baseado no princípio de estrita legalidade, também as leis são, por sua vez, reguladas por normas sobre sua própria produção. Portanto, elas não só são condicionantes, como regras de língua, da validade das decisões expressas em linguagem jurídica, da validade das decisões expressas em linguagem jurídica, por normas superiores que regulam, não só a forma, mas também o significado das mesmas. É nessas normas substanciais sobre o significado que residem os fundamentos do Estado constitucional de Direito: quer elas imponham limites, como no caso dos direitos sociais. E é nelas que se manifesta, com a convenção democrática, o paradigma jurídico da democracia constitucional: o jogo, mas também as regras do jogo democrático; o projeto democrático, mas também o método e as formas da democracia”.

¹¹⁷ Sobre a teoria da democracia participativa, cf. PAULO BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo, 2001; GOFFREDO TELLES JÚNIOR, *O povo e o poder. O Conselho do Planejamento Nacional*, São Paulo, 2003, pp. 110-116; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 231 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VII, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 32-32 e 67-68; ALEXANDRINO, José Melo, *Lições de Direito Constitucional*, volume II, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, pp. 109 e ss.

¹¹⁸ Cf. PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 41.

através da educação e não de forma hereditária¹¹⁹, esvaziando-se a força do discurso totalitário¹²⁰.

O ensino obrigatório decorre, pois, da necessidade da preparação do indivíduo para o cumprimento dos deveres que tem em relação à coletividade. É uma exigência da cidadania.

É possível conceber um Estado Constitucional Democrático¹²¹ sem que o cidadão tenha acesso ao ensino obrigatório? Por que os ordenamentos jurídicos pelo mundo estão ampliando o período considerado como etapa da educação escolar obrigatória?

Há uma multiplicidade de organismos sociais com diferentes valores que integram o Estado Constitucional Democrático: valores que norteiam os servidores públicos civis, os militares¹²², as diversas manifestações religiosas, as entidades profissionais etc. Sucede que, através do ensino obrigatório, o Estado garante a unidade na proteção de valores para todos os grupos, consolidando um eixo de formação mínimo ao cidadão.

Demonstrar-se-á que o ensino obrigatório foi determinante para a organização do Estado Moderno, que desde o Estado de Direito, passando pelo Estado Liberal, Estado Social, Estado Constitucional Democrático, sendo elemento decisivo na configuração do Estado, assim como é indispensável ao fortalecimento dos Estados Constitucionais, dos entes supranacionais e o fluxo de constitucionalismo entre os diversos sistemas.

O pleno exercício da democracia só será alcançado quando o Estado possuir cidadãos aptos e capazes de tomar suas próprias decisões e de assumirem as suas responsabilidades dentro da sociedade.

¹¹⁹ Cf. ÉMILE DURKHEIM, *Educação e sociologia*, Lisboa, 2014, p. 55.

¹²⁰ Cf. HANNAH ARENDT, *A condição humana*, Rio de Janeiro, 2005, p. 213.

¹²¹ ZAGREBELSKY, *Estado Constitucional*, São Paulo, 2011, p. 291, destaca que hoje utiliza-se a expressão Estado Constitucional para indicar algo muito mais profundo que o fato extrínseco de um Estado acompanhado de uma Constituição, ou seja, a expressão é carregada de significados intencionais, 291.

¹²² Os valores que norteiam os princípios normativos aplicados pelos Tribunais Militares são distintos dos Tribunais entre os civis.

O Estado Constitucional Democrático é formado por órgãos constitucionais, que retiram sua autoridade e competência da própria Constituição¹²³. Em outras palavras, o Estado Constitucional democrático depende de escolas democráticas e as escolas democráticas dependem de um Estado Constitucional democrático.

O conjunto dos deveres educacionais – que, na superfície, parece ser um mero desdobramento dos direitos que lhe são correlatos – revela, entretanto, uma alteração no valor atribuído aos deveres de cidadania.

Na Constituição brasileira, exemplificativamente, são deveres conexos ao direito à Educação, direta ou indiretamente: o exercício político expresso pelo voto, pela participação em referendos, plebiscitos e a iniciativa popular (art. 14, I, II, III); a competência da União para legislar sobre diretrizes de bases da Educação nacional (art. 22, XXIV; Lei n. 9.394/96); a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proporcionar meios de acesso à Educação (art. 23, V); a existência de Plano Nacional de Educação (CF, art. 214; Lei n. 10.172/2001); a gratuidade do ensino público (CF, art. 206, IV); o dever do Estado e da família com a Educação (arts. 205 e 208); o dever de escolaridade básica (art. 208, §1º); autorização e avaliação de qualidade das instituições de ensino privadas, por parte do Estado (art. 209, II); o dever dos pais assistirem, criarem e educarem os filhos (art. 229), o dever de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice (art. 229), o dever de os filhos maiores ajudarem e ampararem os pais na velhice (art. 229), o dever de preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural etc.

Todos remetem a valores fundamentais ao interesse social, inerentes ao Estado Democrático de Direito e à República. Remetem, em última análise, à consciência de pertencimento à sociedade estatal e consequente participação política e defesa de direitos. É nesse contexto que devem ser compreendidas as exigências constitucionais referentes ao ensino básico obrigatório (artigo 208 da CF)¹²⁴.

¹²³ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, São Paulo, 2006. p. 417.

¹²⁴ Cf. NINA RANIERI, *O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*, São Paulo, 2013, pp. 80-81.

3.3.2.1. Educação, Poder Constituinte e Estado Constitucional Democrático

3.3.2.1.1. Considerações preliminares: a teoria do poder constituinte e o ensino obrigatório

É inequívoca a intrínseca relação entre o exercício do poder constituinte num Estado democrático e o ensino obrigatório, na medida em que a construção de uma nova ordem constitucional¹²⁵ ultrapassa a participação dos cidadãos na elaboração de uma nova constituição.

Isso ficou demonstrado na Constituição Federal de 1988, cuja Assembleia Constituinte iniciou seus trabalhos em 1º de fevereiro de 1987, em face à determinação da Emenda Constitucional nº 26, tendo sido encerrados, formalmente, em 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nova Constituição.

Em que pese ter ocorrido ampla participação popular, “vívda com toda a intensidade ao transcurso de vinte meses de reunião da Assembleia”¹²⁶, ficou nítida a falta de participação da representação dos empregados domésticos nas discussões da Assembleia Constituinte, o que resultou numa Constituição originária que separou essa categoria profissional do regime geral de proteção dos direitos fundamentais, tendo ocorrido discriminação negativa em face aos “lobbies, que nunca existiram em outras Constituintes, se tornaram uma presença familiar, e os grupos de pressão, tanto do meio empresarial como das classe obreiras e respectivas organizações sindicais, jamais se mostraram tão ativos e assíduos no Congresso neste período”¹²⁷.

Sucede, pois, que inúmeras são as obras que discorrem sobre a Teoria do Poder Constituinte e sua intrínseca relação com os princípios constitucionais que

¹²⁵ Para JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 91, o poder constituinte é exercido numa dupla perspectiva: material e formal sobre a Constituição. O primeiro precede, lógica e historicamente, o segundo, pois: a) a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental, a forma que elege para agir sobre os factos, a legitimidade e a legalidade; b) o triunfo de uma nova certa ideia de direito ou do nascimento de certo regime, e, posteriormente, a formalização dessa ideia ou desse regime. Sobre o poder constituinte, cf. a análise de CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II. Volume 2, Coimbra, 2014, pp. 192 e ss., e, também, CRISTINA QUEIROZ, *Poder Constituinte, Democracia e Direitos Fundamentais. Uma via constitucional para a Europa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

¹²⁶ Cf. PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História constitucional do Brasil*, Brasília, 2002, p. 496.

¹²⁷ Cf. PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História ..., op. cit.*, p. 495.

norteiam o ordenamento jurídico, sem esboçar, entretanto, que o exercício de um conceito ligado ao ensino obrigatório, justificando as suas razões.

Quanto maior a distância entre a Constituição real e efetiva da Constituição escrita, maior é a possibilidade do titular poder constituinte dar início à elaboração de uma nova Lei Fundamental que atenda aos interesses da coletividade, em razão do esvaziamento da força normativa do texto constitucional anterior. Haverá, portanto, o poder de auto-conformação do Estado segundo certa ideia de Direito – poder constituinte material – e um poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais – poder constituinte formal¹²⁸.

De fato, o poder de elaborar uma nova ordem constitucional origina-se dos princípios constitucionais que norteiam o Poder Constituinte Material e estabelecem os fundamentos da nova lei fundamental (CRP, art. 2º; CF/88, art. 1º), cuja titularidade pelo povo para o seu exercício, vem sendo explicitada pelos textos constitucionais nos Estados Democráticos¹²⁹. Quanto às formas de exercício do poder constituinte, impende consignar que o desencadeamento do procedimento está, em regra, associado a momentos constitucionais extraordinários, quais sejam a revolução, nascimento de novos estados, transições constitucionais, golpes de Estado, entre outras vias¹³⁰, o que implicará, necessariamente, nos princípios constitucionais que nortearão os fundamentos da nova Carta Política¹³¹.

As origens do conceito de poder constituinte remontam ao período de movimentos revolucionários que buscaram destruir as instituições do *Anciën Regime* e gerar uma nova ordem política, que asseguraria inúmeros direitos fundamentais ao lado de deveres.

¹²⁸ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 90.

¹²⁹ Diversas são as Constituições que expressam, de forma inequívoca, a titularidade do poder constituinte no seu texto, entre elas a Constituição da República Portuguesa (preâmbulo), Constituição da República Federal Alemã (Preâmbulo e art. 20º), Lei Constitucional Federal Austríaca (art. 1º), Constituição do Reino da Bélgica (art. 33º), Constituição do Reino Dinamarquês, Constituição do Reino de Espanha (Preâmbulo e art. 1º), Lei Fundamental sobre a forma do Governo Finlandês (art. 2º), Constituição da República Francesa (Preâmbulo e art. 3º), Constituição da República da Grécia (art. 1º), Constituição da República da Irlanda (Preâmbulo e art. 1º), Constituição da Suécia (art. 1º), Constituição da República Italiana (art. 1º), Constituição dos Estados Unidos da América (preâmbulo), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Preâmbulo e art. 1º). Já as Constituições do Reino Dinamarquês e do Reino dos Países Baixos não revelam no seu corpo, de forma explícita, de quem é a titularidade do Poder Constituinte.

¹³⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 77.

¹³¹ A Constituição Federal Brasileira de 1988 é peremptória ao afirmar que os seus fundamentos são a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º).

As origens da expressão *poder constituinte*¹³² remontam as obras do abade Emmanuel Joseph Sièyes¹³³¹³⁴, que, ao lado da dicotomia entre o Poder Constituinte e os Poderes Constituídos, já se preocupava com a participação do povo na construção da Constituição.

Independentemente da teoria que justifique as origens do Poder Constituinte¹³⁵, decerto, enquanto faculdade indispensável para a auto-organização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo o tempo. O exercício do poder constituinte decorre de condições concretas que resultam de determinantes históricas de ruptura ou transição constitucional e a efetividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição¹³⁶.

¹³² Cumpre referir a opinião de PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 2000, pág. 121, no sentido que “o poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII”.

¹³³ AUGUSTO ZIMMERMANN, *Curso de Direito Constitucional*, 2002, pág. 122, atribui a pioneira formulação teórica do Poder Constituinte a Alexander Hamilton, que, apesar de não ter utilizado na época as expressões “poder constituinte” e “poder constituído”, já dispunha no Artigo Federalista nº 78 que “todo ato de uma autoridade delegada – e aqui já podemos tratar de Poder Constituído – contrário aos termos da comissão – entenda-se como palavra de conotação similar à Poder Constituinte – é nulo”. Sobre o processo genético do poder constituinte e a sua evolução, impende ressaltar a opinião de GOMES CANOTILHO que sintetiza as experiências constituintes inglesa, americana e francesas nas ações revelar, dizer e criar, respectivamente, aduzindo que os ingleses compreenderam o poder constituinte como um processo histórico de revelação da “Constituição da Inglaterra”; os americanos disseram num texto escrito, produzido por um poder constituinte denominado “*the fundamental and Paramount law of the nation*”, enquanto os franceses criaram uma nova ordem jurídico-política através da “destruição” do antigo e da “construção do novo”. Ensina, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003, pág. 72, que coube a John Locke na obra “*Two Treatises of Government*” distinguir a expressão *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.

¹³⁴ Nascido em 1748, o abade Emmanuel Joseph Sièyes ficou universalmente reconhecido como o criador da teoria do Poder Constituinte. Na sua obra *Préliminaire de la Constitution: Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de L’Homme et du Citoyen*, publicada em Julho de 1789, Sièyes reuniu três brochuras intituladas *Essai sur les Privilèges*; *Vues sur les Moyens d’exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789* e a célebre *Qu’est-ce que le Tiers-État ?*. Sièyes sintetiza, *cit.*, 1789, p. 111, sua ideia de poder constituinte quando afirma que: “*Ces loix sont dites fondamentales, non pas en ce sens, qu’elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n’est pas l’ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C’est ainsi, et non autrement, que les loix constitutionnelles sont fondamentales*”.

¹³⁵ MARCOS WACHOWICS, na sua elucidativa obra, *Poder Constituinte e Transição Constitucional*, 2000, pág. 32 e ss., informa que além das teorias de matizes jusnaturalistas (teoria jusnaturalista; teoria racional ideal e teoria fundacional) e das matizes juspositivistas (teoria juspositivista; teoria de Carré de Malberg e teoria decisionista), há também a teoria dialético-integral e a teoria de Georges Burdeau.

¹³⁶ Oportuna a lição de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, 2003, p. 122, quando sustenta que na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra.

A necessidade, pois, de se criar uma nova lei fundamental num Estado democrático reflete a mudança paradigmática de valores que consubstanciam a sistemática¹³⁷ dos princípios que norteiam o poder constituinte¹³⁸, material na manutenção de um Estado democrático, pois uma nova Constituição não deve significar atentar contra a democracia, mas o redimensionamento dos valores num Estado Constitucional.

Com efeito, o poder constituinte é a manifestação do princípio democrático geral de que todo o poder do Estado emana do povo, que deve ser de natureza pré-constitucional¹³⁹, podendo ser concebido como um princípio central no âmbito da constituição, e, “enquanto princípio *genérico*, ele não pode saltar com eficácia

¹³⁷ Para CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2002, pág. 280, uma vez determinado o conceito de sistema com referência às ideias de adequação valorativa e unidade anterior do Direito, deve-se definir o sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais.

¹³⁸ Cumpre dispor algumas considerações conceituais de ilustres jusconstitucionalistas sobre poder constituinte. A peremptória lição de JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 88, é sempre oportuna para reafirmar que o poder constituinte revela-se não da aprovação da Constituição formal, mas da contraposição do regime até então vigente. Para GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, Tomo IV, 1950, pág. 181, o poder constituinte “est affecté d’une signification politique dont nulle exégèse ne peut le purifier. La puissance qu’il recèle est rebelle à une intégration totale dans un système hiérarchisé de normes e compétences. C’est que le pouvoir constituant, s’il peut, par certains actes, s’insérer dans l’ordre juridique, lui demeure toujours extérieur par d’autres”. REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mitor del poder constituyente*, 1998, pág. 44, lecciona que o poder constituinte “es aquel poder del que resulta una Constitución que, para serlo, no puede depender en su validez de norma positiva alguna; tampoco de la voluntad del constituyente”. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*, 2000, pág. 67, por sua vez, considera que o poder constituinte é o poder que cabe ao povo de dar-se uma constituição, consistindo na mais alta expressão do poder político, porque traduz-se numa energia capaz de organizar política e juridicamente a Nação. Na concepção holística de CARLOS AYRES BRITTO, *Teoria da Constituição*, 2003, p. 24, há dois poderes que tudo podem: Deus no céu – dá início à criação do mundo em geral, a natureza e os seres humanos - e o Poder Constituinte na terra, que concebe a gênese do mundo jurídico e prescreve o modo pelo qual receberá seus infinitos complementos. Acredita, pois, que o poder constituinte significa o poder de constituir a Constituição, que acaba por ser o poder de constituir o Estado e o poder de dar início à montagem do ordenamento jurídico do povo e do Estado mesmo. O mestre PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, 2003, p. 268, ensina que o poder constituinte é poder primário, de ocorrência excepcional, que se exercita para criar a primeira Constituição do Estado ou as Constituições que posteriormente se fizerem necessárias. Para GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 65, perante uma multiplicidade de conceitos e definições, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.

¹³⁹ Para MÜLLER, *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo, cit.*, pág. 32, o poder constituinte não é uma norma positivamente formulada no início até o fim, mas uma norma aceitável como princípio constitucional rico em conteúdos, no quadro dessa tradição e desse tipo de Constituição. Não é uma norma materialmente vazia, mas um modelo de ordenamento materialmente determinado, cujos elementos materiais actuam de modo co-normativo, conforme a concretização defensável no quadro do Estado de direito. Na sua opinião, não corresponderia a uma norma que reflecte uma decisão voluntarista pura, mas uma decisão cujos elementos materiais se inserem nesse caso complexo da legitimação do poder estatal.

normativa por cima dos âmbitos de vigência do Estado nacional, até o presente típicos para esse círculo constitucional”¹⁴⁰.

O poder constituinte encerra¹⁴¹ um sistema de princípios ao exercício do poder político¹⁴², garantindo ao ordenamento jurídico coerência, coesão e harmonia (princípio da segurança jurídica). O produto do exercício do poder constituinte formal (a Constituição escrita) estabelece que o exercício da soberania popular é limitado pelo próprio texto constitucional, pois o poder do povo ou dos seus representantes será exercido *nos limites da constituição*¹⁴³. Se o poder constituinte é anterior e posterior ao procedimento de generalização excessiva na construção dos princípios constitucionais, é porque ele só pode também ser princípio. Apesar de não carecer de materialidade, uma realidade física e social, o poder constituinte é essencialmente uma expressão de linguagem e, geralmente, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito¹⁴⁴.

É limitado pelos princípios constitucionais substantivos – princípios axiológicos fundamentais e princípios políticos fundamentais – e é densificado pelos princípios constitucionais instrumentais¹⁴⁵. Assim como os princípios, o poder constituinte não se coloca além ou acima do Direito. É, pois, metaprincípio constitucional, pois consiste em princípio geral instrumental de consolidação dos princípios¹⁴⁶ que refletem os valores jurídicos dominantes na comunidade que consolidam uma Ordem Jurídica que se inicia através da Constituição.

Em suma, o poder constituinte consiste numa confluência de princípios constitucionais estruturantes¹⁴⁷ que buscam sua justificativa axiológica e sua *raison d'être* operacional em outra norma, não de hierarquia superior, porém de mais alargado

¹⁴⁰ Cfr. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, cit., pág. 115.

¹⁴¹ Impende, pois, salientar a lição de CARLOS AYRES BRITTO, que entende o poder constituinte como um princípio que encerra o fundamento normativo do poder governamental, mas que não se exaure na Constituição que edita; continua presente mesmo após o exercício do poder constituinte formal, podendo gerar quantas Constituições quiser a qualquer tempo.

¹⁴² Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pág. 71.

¹⁴³ A Constituição da República Portuguesa estabelece no art. 3.º, nº 1, que “a soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição, enquanto a Constituição Brasileira prevê no parágrafo único do art. 1.º que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou directamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁴⁴ *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, cit., pág. 19.

¹⁴⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *op.*, cit., pág. 257.

¹⁴⁶ RICARDO LOBO TORRES, *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, 2003, pp. 21 e ss., denomina de princípios estruturais, aqueles que expressam as decisões fundamentais configuradoras da Constituição, que visam dar a conformação política, económica e social do Estado, traçando-lhe o rumo e a finalidade.

¹⁴⁷ Para GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, cit., pág. 181, o poder constituinte “est la puissance créatrice de l’ordre juridique puisqu’il en fixe les principes et en établit les instruments”.

raio de alcance material¹⁴⁸ e balizam os fundamentos constitucionais expressos na Carta Política.

Com efeito, o poder constituinte material corresponde ao conjunto de valores essenciais filosóficos, morais, sociais, jurídicos e económicos que traduzem a vontade popular, representando as correntes de opinião, a presença organizada ou difusa dos grupos e seus interesses em confronto¹⁴⁹. E esses valores, que se encontram no âmbito axiológico, consubstanciam os princípios gerais, que circundam o ordenamento, e encontram-se no plano deontológico. Logo, pode-se afirmar que o poder constituinte material consiste numa norma-princípio que é fonte imediata para a elaboração da Constituição escrita através do exercício do poder constituinte formal, que traduz a expressão, no mundo concreto, do poder constituinte material¹⁵⁰.

As Constituições escritas respondem, portanto, ao plexo de ideias de valores dominantes na sociedade, positivando-os por meio dos princípios constitucionais, que apresentam a carga axiológica incorporada ao ordenamento jurídico. Os sobreprincípios gerais anteriores à decretação da norma consolidariam o princípio geral do poder constituinte material. O poder constituinte formal, por sua vez, declara e firma a ordem constitucional, instituindo os princípios constitucionais.

A norma-princípio¹⁵¹ do poder constituinte material exteriorizada pelo poder constituinte formal amálgama a regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do estatuto jurídico¹⁵². Muitos são os princípios constitucionais implícitos que fazem parte da sistemática constitucional, mas que não foram revelados, expressamente, pelos legisladores constituintes.

Logo, consiste o poder constituinte numa norma metaconstitucional, pois transcende os princípios constitucionais positivados pelo poder constituinte formal e

¹⁴⁸ Cfr. AYRES BRITO, *cit.*, p. 170.

¹⁴⁹ Entende PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado, cit.*, p. 272, que foi o poder constituinte material ou real, que fez a Constituição da Inglaterra, e tem feito nos Estados Unidos, por meio dos arestos da Corte Suprema, a parte mais considerável da Constituição Americana, aduzindo: “é o poder constituinte dos juízes e hermeneutas que interpretam a Constituição, e sem o qual o texto promulgado em Filadélfia há mais de duzentos anos estaria fossilizado nas prateleiras de um museu”.

¹⁵⁰ Conforme abalizado escólio de JORGE MIRANDA, o poder constituinte formal confere estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemático ao princípio normativo inerente à Constituição material (*Teoria do Estado, cit.*, p. 92).

¹⁵¹ Como lembra RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, 2002, p. 52, o termo *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano. Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros servem-se dessa categoria para estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

¹⁵² Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, p. 93.

compreende e é limitado, ao mesmo tempo, pelos princípios que norteiam o poder constituinte material.

No que tange à titularidade, o poder constituinte é exercido pela entidade que toma a decisão de inflectir a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica de determinar o novo conteúdo de uma Constituição¹⁵³, que poderá ser através de um grupo minoritário, uma aristocracia ou oligarquia, uma única pessoa, numa monarquia absoluta. Numa sociedade democrática, o Poder Constituinte pertence ao povo, ainda que este venha a ser indiretamente exercido por intermédio de representantes políticos. Entretanto, não há de se confundir o titular do poder constituinte com o seu agente que é órgão diretamente elaborador da Constituição do Estado - é quem se investe no poder constituinte formal, ou seja, há investidura e não delegação de poder. A Assembleia Nacional Constituinte, órgão coletivo e agente do Poder Constituinte, é, pois, designada a estabelecer uma Constituição, fielmente, tradutora da soberana vontade popular. O poder da Assembleia Nacional Constituinte, agente da soberania popular¹⁵⁴, se esgota, mas o Poder Constituinte permanece com o povo. A obra editada então pelo agente deve ser aceita pelo povo, quando sujeita à sua manifestação de vontade através de referendo popular, ou tacitamente quando lograr-se obter eficácia ao ser colocada em prática¹⁵⁵.

Com efeito, não há cotitularidade do poder constituinte entre o povo e o governo, pois o seu titular só poder ser o povo, como bem lecciona GOMES CANOTILHO, que o concebe como uma grandeza pluralística, formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, que agregam interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes¹⁵⁶. Entre os princípios que densificam o princípio do poder constituinte, está o da representação, que

¹⁵³ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 88.

¹⁵⁴ WALBER AGRA, *op., cit.*, pág. 74, seguindo as lições de LUIS RECASÉNS SICHES, afirma que: “o Poder Constituinte não se esgota com a realização do Texto Constitucional: a soberania popular, detentora da titularidade do Poder Constituinte, permanece com o povo de forma potencializada, à espera de uma nova decisão para se manifestar”. O princípio da soberania popular consubstancia-se na detenção da titularidade do poder constituinte pelo povo, que permanece antes, durante e após o exercício do poder constituinte formal pela Assembleia Constituinte Nacional.

¹⁵⁵ Cfr. AUGUSTO ZIMMERMANN, *cit.*, p. 126.

¹⁵⁶ GOMES CANOTILHO, *op., cit.*, pág. 76, acredita que só o povo real – comunidade aberta de sujeitos constituintes - que entre si “contratualizam”, “pactuam” e consentem o modo de governo da cidade, tem o poder de disposição e conformação da ordem político-social. FRIEDRICH MÜLLER, *Quem é o povo?*, 2003, p. 47 e ss., esmiúça a concepção de povo ao tratar de “povo” como povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, como ícone, como destinatário de prestações civilizatórias do Estado e como conceito de combate.

legítima a investidura do seu exercício através dos representantes, directamente, eleitos pelo povo (art. 1º, parágrafo único da CF/88)¹⁵⁷.

Independentemente de qual seja a natureza do poder constituinte – natureza política¹⁵⁸ ou jurídica –, partindo dos ensinamentos de GEORGES BURDEAU¹⁵⁹, podemos afirmar que o poder constituinte é um poder de natureza jurídica¹⁶⁰ que antecede o próprio Estado, pois seria paradoxal recusar qualificação jurídica ao poder portador da ideia de direito que se imporá ao ordenamento jurídico no seu conjunto¹⁶¹. Se o poder constituinte, ao mesmo tempo que nasce de e se irradia em princípios, é porque ele só pode ter natureza jurídica¹⁶². Ele é início, meio e fim do arcabouço jurídico de um Estado¹⁶³.

¹⁵⁷ O princípio da representação não pode, pois, entrar em colisão com o do poder constituinte, pois é seu subprincípio e serve de instrumento para o povo escolher os seus representantes que atuarão na Assembleia Constituinte para a elaboração da nova Constituição.

¹⁵⁸ PAULO BONAVIDES, *Teoria do Estado*, cit., pág. 268, entende que “o poder constituinte é um poder de natureza política e filosófica, vinculado ao conceito de legitimidade imperante numa determinada época”. Nesse mesmo sentido, WALBER AGRA, *Manual de Direito Constitucional*, 2002, pág. 76, o poder constituinte tem natureza política, porque não é validado por nenhuma outra norma. Considera o autor que, anteriormente a ele não existe norma jurídica, e, se existisse, passaria a ter validade sob a nova Constituição, pois sua gênese radica em fatos sociais, num horizonte metajurídico. Para CARLOS AYRES BRITTO, *op.*, cit., p. 31 e ss., incisivamente, o poder constituinte é político, porque está imbricado em toda a *polis*, naqueles raros instantes em que ela se sobrepõe ao Estado para dizer qual é o tipo de Direito-Constituição que quer viver.

¹⁵⁹ Importa ressaltar as palavras de GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, cit., 1950, p. 185, que considera “Il ne faudrait cependant pas conclure de ce triple caractère que le pouvoir constituant n’est pas un pouvoir de droit. C’est une erreur de ne tenir pour pouvoir de droit que celui dont l’existence et l’exercice sont conditionnés par un statut juridique antérieur. De cette erreur la discussion sur la nature du pouvoir constituant est la plus évidente illustration, car il semble paradoxal de refuser la qualité juridique à un pouvoir par lequel l’idée de droit se fait reconnaître et, par suite, s’impose dans l’ordonnement juridique tout entier. Ce qui est vrai, c’est que ce pouvoir de droit n’est pas commandé par le droit positif de l’Etat. Mais si l’on admet que le droit existe avant l’Etat, le pouvoir constituant doit être considéré comme le plus éclatant témoignage en faveur de ce droit, qui n’est antérieur à l’Etat que pour s’imposer à lui”.

¹⁶⁰ MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, 2000, pp. 338 e ss., propõe a reconstrução do conceito normativo do poder constituinte, nos termos do qual um participante num determinado sistema tem em perspectiva as normas constitucionais como derivadas de princípios morais que asseguraram legitimidade a uma determinada fonte.

¹⁶¹ É oportuna a lição de EDVALDO BRITO, *Limites da Revisão Constitucional*, 1993, p. 121, ao sustentar que “o poder constituinte é um poder jurídico e não mero fato, porque, reconhecido pela ordem jurídica, como uma força real de eficácia sempre atual, é capaz de criar uma nova ordem jurídica quando circunstâncias típicas provocarem oportunidades para o seu exercício, seja para uma modificação de conjunto da Constituição jurídica, seja para reformulação parcial”.

¹⁶² Faz-se necessário ressaltar as palavras de GOMES CANOTILHO, *op.*, cit., pág. 67, quando afirma que “mesmo quando o poder constituinte não seja concebível, em termos realísticos, como um poder juridicamente regulado, nem por isso ele deixa de ser política e juridicamente relevante”.

¹⁶³ Na ilha de Robson Crusoe, não há exercício do poder constituinte. Ele não existiria, porque não há Estado, não há relações jurídicas, não há sociedade. A necessidade, pois, de se fundar um ordenamento (poder constituinte) decorre de um conjunto de normas pré-existentes (por exemplo, da norma fundamental na linha kelseniana) numa sociedade para limitar o exercício do poder político.

3.2.2.2. Ensino obrigatório como limite heterônomo do poder constituinte

Assim como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição, o poder constituinte também possui limites, pois não é capaz de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios¹⁶⁴.

É incontestável a natureza jurídica do ensino obrigatório¹⁶⁵ como dever fundamental, haja vista que sua ontologia é normativa. Traduz-se num *princípio heterônomo de caráter especial*¹⁶⁶ que visa assegurar a cidadania responsável (art. 205 da CF), que limita até mesmo o exercício do poder constituinte¹⁶⁷, uma vez que pode ser deduzido de vários tratados e acordos internacionais em relação aos quais o Brasil é signatário¹⁶⁸.

Sua positivação normativa se deu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 59 de 11 de novembro de 2009, numa demonstração de reafirmação pelo legislador constituinte de se assegurar a força normativa de princípios da ordem internacional que protegem o princípio transversal do ensino obrigatório e da efetiva tutela educacional, que decorre de processo de reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo perante o direito internacional¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 124

¹⁶⁵ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”.

¹⁶⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, 2003, p. 124, leciona que assim como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição, o poder constituinte também possui limites, pois não é capaz de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios.

¹⁶⁷ JAN DE GROOF e CHARLES GLENN, *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*, Volume 1, Netherlands: WLP, 2005, p. 303, “all countries exercise some control over the quality of education provided by nonstate schools at compulsory level. In the large majority of cases this is done through inspection. In general, nonstate schools which have greater parity with state schools or enjoy greater levels of state subsidy than others are subject to control which has a broader scope, extending especially to the curriculum, teaching staff, buildings, maximum/minimum enrolment and financial administration. Federal states differ in the extent of control over education exercised by the central government of the entities of the federation”.

¹⁶⁸ REIS MONTEIRO, *Educação da Europa*, Porto, 2001, p. 26, consigna que “os *corpus* das disposições internacionais relativas ao direito à educação constitui um verdadeiro Direito Internacional da Educação, de que é parte o Direito Europeu da Educação”.

¹⁶⁹ Afirma PEREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 41, que somente quando se admite a possibilidade de que a comunidade internacional possa entender de questões que afetem não tanto aos Estados enquanto tais, se não aos seus membros, cabe elaborar um reconhecimento em escala internacional dos direitos humanos.

Infere-se, portanto, que o *princípio do ensino básico obrigatório dos quatro aos dezessete anos de idade*, embora não exposto nas Declarações Internacionais¹⁷⁰ ratificadas pelo Brasil que protegem o direito à educação, é proveniente da conjugação desses ordenamentos jurídicos¹⁷¹, donde resulta na obrigação do Estado Brasileiro em cumprir o dever que assumiu para com a comunidade internacional em assegurar exercício de cidadania mais sofisticada diante dos novos reclames. Corresponde, portanto, em limitação de conteúdo da Constituição que não pode ser desmerecida nem mesmo pelo titular do poder constituinte¹⁷².

Com efeito, não se pode fazer tabula rasa dos princípios ordenadores em que se assenta a prática da comunidade eventualmente carecida de uma nova Constituição, ou seja, dos princípios constitutivos da ideia de Direito dessa comunidade concreta, uma vez que há princípios preexistentes e ordenadores da prática comunitária¹⁷³.

¹⁷⁰ Entende REIS MONTEIRO, *Educação da Europa*, Porto, 2001, p. 26, que o direito à educação foi um dos primeiros direitos reconhecidos à escala universal, em face à sua importância para o desenvolvimento da capacidade de exercício dos outros direitos e de respeito dos direitos dos outros. O autor chega a afirmar que “pode-se mesmo argumentar que, depois do direito à vida, condição biológica do gozo de todos os direitos, o direito à educação – pelo seu alcance antropológico, ético, psicológico, político, económico – é o primeiro dos direitos do homem. É pela educação, em toda a sua amplitude cultural, que se inscreve a dignidade da pessoa humana de pessoa na realidade biológica de cada indivíduo, e se potencia a sua subjectivação e humanização”.

¹⁷¹ Preconiza o artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 o seguinte: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios, por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁷² Insta salientar a classificação de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, 2003, pp. 124 e ss., ao afirmar que são três as categorias de limites materiais ao poder constituinte: limites transcendentais, limites imanentes e limites heterônomos. Os primeiros correspondem aos imperativos do direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (v.g., aqueles que vedam a previsão ou restauração da pena de morte). Os limites imanentes decorrem da soberania e da forma do Estado (v. g., aqueles que obstam um Estado Federal, que pretende continuar a sê-lo, passar a Estado unitário). E os últimos que são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a princípios, regras ou atos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e também as regras de Direito interno. Estes, por sua vez, dividem-se em limites heterônomos de carácter geral, que correspondem aos princípios do *jus cogens*; limites heterônomos de Direito internacional de carácter especial, que correspondem às limitações de conteúdo da Constituição em razão do Estado ter assumido deveres para com outro, com outros Estados ou com a comunidade internacional e os limites heterônomos de Direito interno, que consignam os limites recíprocos entre a União Federal e os Estados Federados. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2004, pp. 81 e ss., considera que, apesar do poder constituinte ser inicial, autónomo, incondicionado e onipotente, ele considera que ele sofre limitações em face de certos princípios de justiça (princípios suprapositivos ou princípios supraleais mas intra-jurídicos) e aos princípios de direito internacional, quais sejam o princípio da independência, princípio da autodeterminação e o princípio da observância de direitos humanos.

¹⁷³ Como assinala LUZIA M. S. CABRAL PINTO, Coimbra, *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*, 1994, pp. 70 e ss., ao tratar sobre limites do poder constituinte, sustentando que uma Constituição será legítima quando está em conformidade com os valores dominantes da consciência social, que configuraria uma orientação geral.

Ademais, o legislador reformador com a EC nº 59, de 11 de novembro de 2009, determinou, de forma peremptória, que o ensino básico obrigatório deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro.

3.3.2.3. Usurpação do poder constituinte e democracia participativa responsável

Etimologicamente, usurpar deriva do termo latino “usurpo”, que significa usar, servir-se, valer-se ou gozar de algo sem direito, de modo indevido¹⁷⁴.

Impende consignar que o exercício do poder constituinte formal pode ser usurpado¹⁷⁵ quando houver desrespeito por quem se investiu de exercer o poder constituinte formal (assembleia constituinte) em dissonância com os interesses do seu titular (o povo). A usurpação decorre, portanto, do exercício indevido do poder constituinte, cuja legitimidade assenta sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação, apresentando uma extensão tanto horizontal como vertical, que permite estabelecer a força e intensidade com que ele escora e ampara o exercício da autoridade¹⁷⁶.

Sucedo, pois, nada impede que uma assembleia constituinte, eleita para funcionar apenas durante certo período, delibere prorrogar a sua sessão ou que delibere por assumir a plenitude dos poderes legislativos do Estado¹⁷⁷, entretanto, ao alterar as

¹⁷⁴Cfr. ANTÓNIO HOUAISS e MAURO DE SALLES VILAR, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 2003, p. 3646.

¹⁷⁵ PAULO BONAVIDES, *cit.*, pp. 122-23, considera que houve usurpação do poder constituinte na Revolução Francesa, vez que “a burguesia revolucionária generalizou portanto aquilo que, de natureza, na ocasião de seu advento, definia apenas um interesse de classe ou uma ideologia. Assim sucedeu também com a liberdade, a igualdade e a democracia, o Estado de Direito, hipostasiados a todo o género humano, e aconteceria depois com o poder constituinte da nação, apresentado como o único legítimo, mas trazendo nada menos que o ascendente privilegiado e governante da burguesia, uma classe convertida já em classe dominante. Seu poder inculcava a abstrata anuência de toda a coletividade, cuja representação ela de certo modo usurpava”.

¹⁷⁶ Ensina PAULO BONAVIDES, *op.*, *cit.*, p. 138, que se a extensão horizontal se mede pela maior ou menor amplitude do colégio de cidadãos que decide sobre matéria constituinte ou elege representantes a uma assembleia constituinte, enquanto a vertical permite mensurar os distintos graus de participação dos governados: primeiro, o poder decisório sobre a Constituição, mediante *referendum* ou distintos meios plebiscitários.

¹⁷⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 119.

regras orgânicas e processuais que o precederam, a assembleia¹⁷⁸ estará vinculada nas novas regras de direito que ela venha a editar¹⁷⁹.

Não é por menos que, quando do exercício do poder constituinte formal, a assembleia constituinte haverá de respeitar um conjunto de procedimentos criados por ela mesma para a elaboração da Carta Fundamental.

O poder constituinte formal carece, portanto, de uma predeterminação de formas e processos advindos do poder constituinte material, em face ao princípio da legitimidade¹⁸⁰.

Há, portanto, princípios anteriores à própria Constituição que precisam ser respeitados pela assembleia Constituinte na elaboração da Constituição escrita, quais sejam o princípio da representação, o princípio da soberania popular, o princípio democrático, entre eles¹⁸¹.

Nesse sentido, poderíamos até cogitar um possível controle de transconstitucionalidade, que visaria impedir o acontecimento de vícios do exercício do poder constituinte formal, como, por exemplo, a usurpação do poder constituinte. Afirmar-se-ia, então, que o controle preventivo de transconstitucionalidade seria realizado pelas próprias Comissões que elaborariam a Constituição formal, cada uma observando a formalidades da votação das normas, bem como suas limitações materiais, os limites de sua competência, fiscalizando-se mutuamente, tendo a Comissão de Redação o papel de elucidar o texto tratado. E através do controle repressivo de transconstitucionalidade, tratar-se-ia de meio de garantir harmonia ao ordenamento jurídico, após a publicação da norma intransconstitucional (em razão de forma ou matéria), invalidando-a ou convalidando-a, através, por exemplo de referendo constituinte.

Entretanto, a concepção de controle de transconstitucionalidade para evitar “suposta” usurpação do exercício do poder constituinte sucumbe diante à incondicionabilidade do poder constituinte, que investiu a assembleia constituinte de

¹⁷⁸ CARLOS AYRES BRITTO, *op., cit.*, p. 141, considera, inclusive, que a assembleia constituinte pode se auto-rebaixar para Assembleia Constituída, tão logo promulgada a Constituição, que jamais poderá se autopromover para Assembleia Constituinte.

¹⁷⁹ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 121

¹⁸⁰ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 118.

¹⁸¹ INGO WOLFGANG SARLET, *op., cit.*, p. 69, entende que o poder constituinte é parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal, mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada.

elaborar a constituição escrita e poderá mudar os procedimentos formais no momento em que bem entender, ou do contrário, não estar-se-ia tratando de poder constituinte¹⁸². Mas a partir da alteração das normas procedimentais, um novo arcabouço pré-constitucional revela-se e se impõe à assembleia constituinte que o preconizou. E tantas serão as normas procedimentais que a assembleia constituinte vier a adotar, tantas deverão ser respeitadas.

Com efeito, não se cogita aqui uma teoria procedimental do poder constituinte¹⁸³, mas afirma-se que os membros de uma assembleia constituinte têm que seguir princípios que legitimam as suas atuações ou do contrário, estar-se-ia cogitando numa delegação do exercício do poder constituinte: os deputados constituintes eleitos decidem de acordo com seus interesses o texto da nova carta¹⁸⁴.

Uma norma constitucional que nasce eivada de vícios em face da usurpação do poder constituinte formal¹⁸⁵ por parte de membros que compõe uma assembleia constituinte (v. g., a norma não foi votada pela assembleia constituinte e foi incluída por um membro da assembleia constituinte após o texto já ter sido encaminhado para publicação pelo Diário Oficial), só pode ser convalidada em face da materialização do princípio da legitimidade¹⁸⁶.

As vias de usurpação e manipulação da Constituição Federal Brasileira de 1988 são identificáveis. Pela primeira vez na história do Constitucionalismo Brasileiro,

¹⁸² Para CARLOS AYRES BRITTO, *op., cit.*, pág. 168, nenhuma norma constitucional originária pode dispor acerca do processo de elaboração de outra igualmente originária, já que todas elas nascem no mesmo instante. Para o autor, esse é uma das características centrais da Constituição: o já nascer com sua unidade formal assegurada em sua plenitude. Uma vez que não é a Constituição que principia com o Ordenamento, mas o Ordenamento que principia com a Constituição, pode-se concluir que as normas-princípio da Constituição têm como fonte imediata a norma nuclear que atesta o exercício do Poder Constituinte.

¹⁸³ Afirma FRIEDRICH MÜLLER, *op., cit.*, pág. 44, que o poder constituinte significa o poder de decidir efetivamente sobre a instituição da Constituição que não pode reivindicar sua legitimidade a partir de razões procedimentais (teoria procedimental da constituição). Faz-se oportuno frisar a opinião de FRIEDRICH MÜLLER, ao sustentar que o poder constituinte no pleno sentido do termo, maciço e real, não mais metafísico, seria o poder do povo de constituir-se, vez que a constituição de si mesmo não se faz por meio da redação e subscrição de um papel chamado “Constituição”. Considera que o poder constituinte seria real somente se os poderes constituídos não fossem exercidos por outros, mas pelo poder constituinte, pois não haveria poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo, mas apenas a violência de um Estado que mantém um povo para si.

¹⁸⁴ Se os princípios carregam acentuado grau de imperatividade, exigindo o respeito as condutas que impõem, o que denota o seu caráter normativo, consequentemente, qualquer ato que o confronte será inválido.

¹⁸⁵ Para PAULO BONAVIDES, *op., cit.*, pág. 347, a crise da estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas a da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis.

¹⁸⁶ Considera FRIEDRICH MÜLLER, *op., cit.*, pág. 26, que “uma associação se constitui realmente pela práxis, não pelo diploma; não por meio da entrada em vigor, mas pela vigência: diariamente, na duração histórica”. In *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, cit. pág. 26.

foi promulgada uma emenda constitucional que não alterou o texto constitucional, mas tão somente facultou ao detentor de mandato eletivo desligar-se do partido político pelo qual foi eleito nos trinta dias seguintes à sua promulgação, sem prejuízo do mandato, não sendo essa desfiliação considerada para fins de distribuição dos recursos do Fundo Partidário e de acesso gratuito ao tempo de rádio e televisão (art. 1.º da Emenda Constitucional nº 91, de 18 de fevereiro de 2016).

Capítulo I – A afirmação histórica do ensino obrigatório como dever fundamental e o Estado Constitucional Democrático

Em que pese nunca ter existido um único constitucionalismo¹⁸⁷, mas várias doutrinas constitucionais, que pertenceram a cada período histórico, com sua própria originalidade e realidade específica¹⁸⁸, é indiscutível que também o estudo sobre a temática do ensino obrigatório como dever fundamental deve ser realizado de forma sistemática, analisando a sua evolução histórica, observando-se a interconexão entre as fases. A configuração do dever do cidadão em preparar-se ao exercício da cidadania está essencialmente condicionada pela transformação dos valores válidos para cada sociedade¹⁸⁹.

A evolução do reconhecimento da necessidade da instrução obrigatória remonta à história do Egito, onde são encontrados os testemunhos mais antigos sobre todos os aspectos da civilização e, em particular, sobre a educação¹⁹⁰, fazendo-se necessário destacar que as palavras educação e dever foram utilizadas no tempo para designar ideias diferentes, consoante as épocas, os contextos, o pensamento político¹⁹¹.

¹⁸⁷ NORBERTO BOBBIO, *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*, São Paulo, 2001, p. 101, ensina que o constitucionalismo, como sendo a teoria e a prática dos limites do poder, “encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos”. Para NINA RANIERI, *cit.*, p. 90, as palavras “Constituição” e “constitucionalismo” não são termos neutros, de significado meramente formal, encerrando um conjunto de valores e concepções políticas de natureza moderna, de conteúdo garantista, inseridos formalmente pelos americanos na Constituição de 1787 e adotado pelos franceses revolucionários na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

¹⁸⁸ Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, 2001, p. 12.

¹⁸⁹ Cf. WERNER JAEGER, *Paidéia: a Formação do Homem Grego*, São Paulo, 2003, p. 4.

¹⁹⁰ Cf. MARIO ALIGHIERO MANACORDA, *História da educação: da antiguidade aos nossos dias*, São Paulo, 2006.

¹⁹¹ Nesse sentido, ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *História do Pensamento Político*, Coimbra, 2007, p. 33, consigna que “a história das ideias políticas tem problemas específicos para os quais tem de ser advertido o investigador. O mais relevante prende-se com os seus significados e significante. As ideias políticas não se confundem com as palavras utilizadas para as designar e, a este respeito, a historicidade do vocabulário político introduz uma dificuldade acrescida à investigação política”.

I.1. No Estado antigo

Na Idade antiga, a educação foi marcada pela construção de projetos de disciplina e conciliação social e política, que buscaram permitir a unidade dos governos grego e romano¹⁹², através da *patrios politeia* grega aristotélica¹⁹³ e a *res publica* romana ciceroniana¹⁹⁴.

De fato, os antigos buscavam assegurar através da educação a formação do *vir bonus*, desenvolvendo no cidadão aptidões e virtudes, para cumprir seus deveres¹⁹⁵ para com Estado¹⁹⁶.

A gênese da constituição dos antigos é marcada pela profunda crise política do mundo grego, sobretudo pela transformação da cidade – a mercantilização da *polis* – de um lugar de exercício de direitos políticos e reconhecimento de uma integridade política, para um lugar caracterizado pelo intenso tráfico comercial e marítimo¹⁹⁷, denominado de clima de *stasis* ou agitação civil¹⁹⁸.

Nesse contexto de desequilíbrio, no século IV a. C., surgiu a Constituição dos atenienses¹⁹⁹, denominada de *politeia*²⁰⁰, que se traduziu num indispensável

¹⁹² Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De La Antigüedad a nuestros dias*, Madrid, p. 15.

¹⁹³ Cf. ARISTÓTELES, *A política, Livro II, VI*, São Paulo, 1998.

¹⁹⁴ Cf. MARCO TÚLIO CÍCERO, *Dos deveres, Livro I, IV*, São Paulo, 2007.

¹⁹⁵ Em sentido contrário, PAULO DE SOUSA MENDES, *Da Inexistência da Noção de Dever nos Gregos*, Coimbra, p. 661, defende a inexistência da noção de dever nos gregos, uma vez que não praticavam a obediência à vontade de quaisquer autoridades legisladoras, divinas ou humanas. Havia na relação do cidadão virtuoso para com as convenções da sua cidade, uma questão de pura *conveniência prática*, em que todos seriam beneficiados se fossem respeitadas *regras de cooperação*. Quer dizer: “o cidadão virtuoso era capaz de perceber que todos saíam a ganhar se houvesse regras com base nas quais cada qual pudesse criar as suas expectativas de reciprocidade por parte dos demais (e.g., eu não te roubo, supondo que tu não me roubas e que ele não nos rouba)”. Atesta este autor que o conceito de dever é constituído por três elementos: i) uma autoridade moral; ii) uma norma emanada por essa entidade que diz a outrem que coisa seria bom para praticar ou deixar de praticar; iii) uma crença do destinatário na necessidade de obediência estrita. Os Gregos não possuíam, pois, a noção de dever porque prezavam a independência de pensamento e a autodeterminação moral como características do bom cidadão.

¹⁹⁶ Cf. WERNER JAEGER, *Paidéia: a Formação do Homem Grego*, São Paulo, 2003, pp. 24 e ss.

¹⁹⁷ Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De la Antigüedad a nuestros dias*, Madrid, 2001, p. 15.

¹⁹⁸ Cf. ARISTÓTELES, *Constituição dos Atenienses*, Lisboa, 1986, p. 14.

¹⁹⁹ Cf. ARISTÓTELES, *A política*, São Paulo, 2007.

²⁰⁰ ARISTÓTELES, *A política*, São Paulo, 2007, p. 151, chama *politia* de constituição ideia, aquela capaz de promover e realizar o justo equilíbrio entre dois extremos, a oligarquia e democracia. A constituição dos antigos é a *politeia*, sob o regime da politia, que se contrapõe ao regime político que se instaura de forma violenta, já que suas origens decorrem de uma composição paritária e razoável de acordo com as tendências e os interesses da sociedade. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Estado Constitucional*, São Paulo, 2011, p. 291, esclarece que traduções germânicas traduziram a palavra *politeia* Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*).

instrumento do pensamento político que asseguraria a unidade da *polis*, de sorte a manter uma forma de governo democrático²⁰¹, em que a educação visava, em última instância, formar o cidadão para uma *polis* ética.

I.1.1. ARISTÓTELES

Nas obras de ARISTÓTELES (384 a. C. a 322 a. C.), o dever de instrução está associado à ideia de que “se o objetivo da vida humana é o bem viver, e se isso é possível de modo comunitário, haveria a necessidade de uma preparação esmerada dos indivíduos para tal”.

A concepção educativa de ARISTÓTELES deve, pois, ser compreendida em seu vínculo estreito com a filosofia prática. Nesse sentido, tal concepção deve ser buscada a partir de suas dimensões fundamentais, a saber, a ética e política. Em sua dimensão ética, está vinculada à ideia de um indivíduo cultivado nas virtudes e voltado ao ideal do bem viver (*eudaimonia*). Na dimensão política, está associada à concepção de que o “ser homem” é encontrado em sua condição de ser vivente político (*zoonpolitikon*) e, pois, em sua vida praticada dentro da esfera comunitária da *polis*²⁰².

I.1.2. MARCO TÚLIO CÍCERO

Por sua vez, a busca desse projeto de conciliação social e política através da instrução também foi o objetivo dos romanos séculos depois, através do respeito da *res publica* ciceroniana. MARCO TÚLIO CÍCERO escreveu duas grandes obras, *De res publica* e *De legibus*. As obras de Cícero buscam a conciliação entre o patriciado e a plebe, num contexto de guerra civil declarada.

Sem embargo, as Constituições grega e romana traduziram-se em textos que consagraram deveres que buscariam evitar as três clássicas degenerações observadas por

²⁰¹ Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De La Antigüedad a nuestros dias*, Madrid, 2001, p. 18.

²⁰² Cf. ANGELO VITÓRIO CENCI, *Aristóteles & a educação*, Belo Horizonte, 2012, p. 9.

MARCO TÚLIO CÍCERO²⁰³: deveres que deveriam ser observados pelos monarcas, para que não se convertessem em tiranos; pela aristocracia, para que não se convertesse em oligarquia e pelo povo, para que não permitisse a transformação da democracia em desordem.

Além disso, impende ressaltar que neste período, o próprio MARCO TÚLIO CÍCERO escrevera uma obra que é referência quanto ao *Constitucionalismo dos deveres*, qual seja a obra *Dos deveres (De officiis)*, que neste período teve como orientação assegurar a unidade dos governos, em que CÍCERO já resalta que o respeito ao cumprimento dos deveres decorre do seu exercício²⁰⁴.

De fato, a obra *De Officiis* de MARCO TÚLIO CÍCERO (106 a.C. a 43 a.C.) consistiu numa carta de recomendações, entre as quais o dever do seu filho Marco Cícero em se preparar devidamente em Atenas. O autor, influenciado por grandes pensadores da época, resalta, *Dos deveres, Livro I, II*, que: “Negócios públicos ou privados, civis ou domésticos, ações particulares ou transações, nada em nossa vida esquiva-se ao dever: observá-lo é virtuoso, negligenciá-lo, desonra. A pesquisa do dever é tema trivial dos filósofos. Como chamar filósofo quem não sabe apresentar doutrina sobre os deveres do homem? Há sistemas que, definindo o bem e o mal, desvirtuam completamente o conceito de dever”.

Percebe-se, pois, nitidamente a preocupação dos filósofos quanto ao dever de instrução, visando à formação adequada dos cidadãos.

I.2. No Estado medieval

Os deveres, na Idade Média, apresentaram características próprias, distintas daqueles presentes na Constituição dos antigos, não sendo diferente em relação ao dever de instrução.

²⁰³Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, 2001, p. 27.

²⁰⁴ Cf. MARCO TÚLIO CÍCERO, *De Officiis*, no Livro I, XVIII

Sem embargo, o dever de instrução no Estado medieval não pode ser estudado através de seus tratadistas como uma continuação dos deveres na Constituição dos antigos ou uma antecipação na Constituição dos modernos, mas como uma realidade existente naquele período histórico²⁰⁵.

O Estado medieval apresentou como característica geral a intrínseca limitação dos poderes públicos²⁰⁶ em decorrência da desestruturação do Império romano a partir do século V até a aparição dos Estados Modernos no século XV.

Na Idade Média, a concepção de educação seria amalgamada pelos ideais da patrística cristã, no sentido de preparar a personalidade do educando formada por conceitos inatos para a vida natural e sobrenatural²⁰⁷.

I.2.1. SANTO AGOSTINHO

Na obra *As Confissões* de SANTO AGOSTINHO (354-430), fica demonstrado a importância da educação do indivíduo para ele conquistar a sua caminhada de libertação²⁰⁸.

I.1.2. TOMÁS DE AQUINO

Nessa mesma esteira, impende ressaltar a importância dada por S. TOMÁS DE AQUINO (1225-1274) aos deveres nas obras *Summa Theologica*, precedida *De Regimine Principum*, em 1265, em que o príncipe é o *legibus solutus* e tem o dever de trabalhar em favor da comunidade, de maneira equitativa. Os ministros deveriam exigir,

²⁰⁵ Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De la Antigüedad a nuestros dias*, Madrid, 2001, pp. 34 e 35.

²⁰⁶ Cf. MAURIZIO FIORAVANTI, *De la Antigüedad a nuestros dias*, Madrid, 2001, pp. 34 e 35.

²⁰⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Magistro*, São Paulo, 1935, p. 74, afirmava que “diz-se que o docente transfunde a ciência no discípulo, não porque a mesma ciência individual do mestre seja transportada no discípulo, mas porque neste, por meio do ensino, se realiza outra ciência, semelhante à do mestre e do estado potencial levada ao ato. Logo, não há propriamente transfusão da ciência, mas atualização pelo ensino da ciência germinal que já existia no discípulo.

²⁰⁸ Cf. SANTO AGOSTINHO, *Confissões*, Bragança Paulista, 2008.

por sua vez, que o príncipe viesse a cumprir seus deveres para com o povo, evitando assim o direito de resistência por parte do povo²⁰⁹.

Constata-se, portanto, a supremacia da comunidade política do todo sobre as partes, tendo sido publicada em 1215 a *Magna Charta Libertatum*, que correspondia a um contrato firmado entre o Rei João e por todos os magnatas, laicos e eclesiásticos, os vassallos do soberano, os homens livres, os mercadores, junto à comunidade da cidade de Londres²¹⁰.

I.3. No Estado moderno

O período de transição entre o Estado medieval e o moderno é marcado por obras que demonstram que a vasta e permanente pluralidade de acordos implicaria a anarquia e a guerra civil. Os juspolitólogos passaram a tratar da *doutrina da soberania* para afirmar a *unidade do Estado*, inexistindo uma ruptura revolucionária entre a época medieval e a época moderna²¹¹.

Por sua vez, na Idade Moderna, muitos foram os juspolitólogos que trataram sobre a importância da instrução para a manutenção do Estado absolutista.

Sem sombras de dúvidas, *as primeiras formulações do princípio do ensino obrigatório surgem na sequência do movimento da Reforma no século XVI*²¹² como requisito para a generalização da leitura das sagradas escrituras. Entretanto, só na segunda metade do século XVIII, a medida começa a ser generalizada, em grande parte devido ao exemplo pioneiro da Prússia que em 1763 decretou a sua implementação²¹³.

²⁰⁹ Cf. MAURIZIOFIORAVANTI, *De la Antigüedad a nuestros dias*, Madrid, 2001, p. 42.

²¹⁰ Sobre a importância da *Magna Carta Libertatum* para os direitos e deveres fundamentais, cf. FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 2005, maxime pp. 69 a 84.

²¹¹ ANTÔNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade. Volume I: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Épocas Medieval e Moderna*, Cascais, 2001, p. 135.

²¹² Sobre o papel de LUTERO (1483-1546) na implementação da obrigatoriedade da escolarização durante a Reforma Protestante, cf. PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, 1995, p. 43.

²¹³ Sobre o ensino público obrigatório na Prússia, cf. ANTÔNIO DE ALMEIDA OLIVEIRA, *O ensino público*, Brasília, 2003, P. 70.

O século XIX vai assistir à generalização desse princípio, quer na Europa, quer nos Estados Unidos²¹⁴.

Com efeito, o advento da modernidade não coincide apenas com a edificação de uma ciência resultante dos ensinamentos bíblicos e com um mundo político-jurídico autossuficiente, baseado apenas nas vontades humanas, mas também com a afirmação de uma moral livre de autoridade da Igreja e das crenças religiosas, estabelecida numa base humana-racional, sem recurso às verdades reveladas²¹⁵. Em outras palavras, a sujeição da moral à religião foi rejeitada pelos modernos.

I.3.1. NICCOLÒ MACHIAVELLI

Na Itália, em 1513, NICCOLÒ MACHIAVELLI (1469-1527), na sua carta mais conhecida da obra *Dez Cartas*, já explorava o essencial para consolidar o *princípio da sujeição do cidadão às leis*, que vai estar presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, anunciando que havia escrito um livro aos novos príncipes, no qual explorava “o que é a soberania, quantas espécies há, de que modo é adquirida e guardada, como se a perde”²¹⁶.

Sem embargo, na obra *Il Príncipe*, que correspondeu a um verdadeiro guia político para os governantes do Estado Moderno, MACHIAVELLI discorre sobre a necessidade de LORENZO DE MEDICI em observar comportamentos que devem ser adotados pelos príncipes ao se prepararem para as guerras, através de duas formas básicas: uma pela ação e outra pelo estudo – *o dever de instrução*. A primeira seria traduzida pelo “constante exercício da caça, que acostuma o corpo às dificuldades, além de manter seus homens bem disciplinados e exercitados” e a segunda corresponderia ao dever do príncipe em exercitar a mente, estudando a história e as ações dos homens

²¹⁴ DAVID JUSTINO, *Escolaridade Obrigatória: Entre a Construção Retórica e a Concretização Política*, Coimbra, p. 26.

²¹⁵ GILLES LIPOVETSKY, *O Crepúsculo do Dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos*, Alfragide, Portugal, p. 28, atesta que “separar a moral das confissões religiosas, pensá-la como uma ordem independente e universal que remete apenas para a condição humana – esse processo de secularização da ética impulsionado no século XVII é uma das figuras mais significativas da democracia moderna”.

²¹⁶ Cf. NICCOLÒ MACHIAVELLI, na carta denominada *Um livrinho intitulado “O Príncipe”* da obra *O príncipe e Dez cartas*, Brasília, 1999, pp. 91 a 93.

eminentes, observando “como se conduziram na guerra, examinar as razões das suas vitórias e derrotas, para imitar as primeiras e evitar as últimas; acima de tudo, agir como o fizeram algumas figuras do passado – seguir um modelo que tenha sido elogiado e glorificado, tendo sempre em mente seus gestos e ações, como se diz que fez Alexandre o Grande em relação a Aquiles, César a Alexandre e Cipião a Ciro”²¹⁷.

I.3.2. MONTESQUIEU

Na França, não menos relevante para a discussão dos deveres no Estado moderno foi a clássica obra de Charles-Louis de Secondat (1689-1755), o Barão de MONTESQUIEU, qual seja *O Espírito das Leis* (1747).

Com efeito, a maior contribuição do aclamado autor de *Cartas Persas* para os deveres no Estado moderno foi através da obra *O Espírito das Leis*, onde MONTESQUIEU esclarece que o espírito das leis está no cumprimento dos deveres impostos pelas leis políticas e civis²¹⁸.

O exercício da liberdade passou a estar relacionado aos limites impostos pela lei, e havendo descumprimento dos deveres haveria cerceamento da própria liberdade, observando-se um espírito de moderação por parte do legislador²¹⁹.

A obra de MONTESQUIEU conclama a *virtude cívica*, ou seja, a disposição voluntária da cumprir as leis, apontando que *não existiria virtude sem liberdade, e liberdade, sem educação*²²⁰.

²¹⁷Cf. NICCOLÒ MACHIAVELLI, *O príncipe e Dez cartas*, Brasília, 1999, p. 43.

²¹⁸Já no prefácio de sua obra, MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I. Paris: Gallimard, 1995, p.6, exorta a importância dos deveres quando aduz que “se eu pudesse fazer com que todos tivessem novas razões para amarem seus deveres, seu príncipe, sua pátria, suas leis, com que pudessem sentir melhor sua felicidade em cada país, em cada governo, em cada cargo que ocupam, considerar-me-ia o mais feliz dos mortais”.

²¹⁹MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I. Paris, 1995, p.167.

²²⁰MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, 1995, Livro IV, Capítulo III, deixara bem claro que o saber era perigoso à manutenção dos Estados despóticos. Esse autor já afirmava, Livro IV, Capítulos I e V, que: “Les lois de l'éducation sont les premières que nous recevons. Et, comme eles nous préparent à être citoyens, chaque famille particulière doit être gouvernée sur Le plan de la grande famille qui lês comprend toutes. (...) C'est dans Le gouvernement républicain que l'on a besoin de toute La puissance de l'éducation”.

I.3.3. ROUSSEAU

Entretanto, foi a obra de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) que implicou a mudança de paradigma dos deveres naturais para os deveres fundamentais, quando no seu *Contrato social*, publicado em 1762, discorreu sobre um verdadeiro *pacto de deveres entre governantes e governados*²²¹, tendo sido publicado no mesmo ano *Emílio, ou, Da Educação*²²².

Sem embargo, nas suas obras, ROUSSEAU pontifica que, ao mesmo tempo que o povo tem o *dever de obediência para com os governantes*, há também limites que estes não podem ultrapassar²²³.

Para ROUSSEAU, a ordem social – o Contrato Social - seria um direito sagrado que serviria de base para todos os outros que não derivassem apenas da natureza, mas seriam baseados nas convenções²²⁴. A questão que se impõe é quais seriam as convenções que interessariam ao povo, na medida em que elas implicariam uma série de deveres a serem observados²²⁵.

De fato, a contribuição rousseauniana foi suscitar a discussão sobre quais seriam os deveres que mereceriam ser respeitados em face ao Contrato Social. E daí está o nascimento da noção dos *deveres fundamentais* que serão utilizados pela burguesia no Estado Liberal. A mudança de um paradigma de deveres naturais para aqueles deveres

²²¹ ROUSSEAU clama pelo respeito aos deveres, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro I, ao esclarecer que “nascido cidadão de um Estado livre e membro do soberano, qualquer fraca influência que minha voz possa ter nos negócios públicos, o direito de neles votar basta para me impor o dever de neles me enfrontar”.

²²² JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Emílio, ou, Da Educação*, São Paulo, 1999, Livro I, p. 8, consignou que: “Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação”.

²²³ Nesse sentido, ROUSSEAU, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro II, Capítulo IV, alerta que “todos os serviços que um cidadão pode prestar ao Estado, ele os deve assim que o soberano lho solicite: mas o soberano, por seu lado, não pode encarregar os súditos de nenhum jugo inútil à comunidade; não pode nem mesmo desejá-lo: pois sob a lei da razão nada se faz sem causa, não mais que sob a lei da natureza”.

²²⁴ ROUSSEAU, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro II, Capítulo VI, pondera que “são necessárias, pois, convenções e leis para unir os direitos aos deveres e reconduzir a justiça a seu objeto. No estado da natureza, onde tudo é comum, nada devo a quem nada prometi e não reconheço a outrem o que me é inútil. Não é assim no estado civil, em que todos os direitos são fixados pela lei”.

²²⁵ Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro I, Capítulo I.

que realmente interessariam ao Estado. Em outras palavras, os deveres fundamentais seriam aqueles que conformariam o Contrato Social.

A força do direito para ROUSSEAU decorre da obediência dos deveres, cujos destinatários acabam por cumpri-los por necessidade e não por vontade, na medida em que passa a sofrer restrições de suas liberdades naturais para ter assegurado a sua liberdade civil²²⁶.

Ademais, ROUSSEAU elucida que a existência dos deveres decorre ao cumprimento de um bem comum²²⁷, indispensável à manutenção de toda e qualquer sociedade, onde cada um se submeteria às condições – os deveres - que impõe aos outros²²⁸.

I.3.4. SIEYÈS

A discussão em torno do dever de sujeição dos cidadãos ao cumprimento das leis foi uma constante também das brochuras de EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS (1748-1836), cujo pensamento foi decisivo na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, pois em julho do mesmo ano, ele doutrinava que “A lei é a expressão da vontade geral. Num grande povo, ela deve ser a obra”.

²²⁶ Afirma JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro I, Capítulo VIII, que “é só então que a voz do dever, sucedendo ao impulso físico e ao direito ao apetite, faz o homem, que até então não tinha olhado senão para si mesmo, ver-se forçado a agir por outros princípios, e consultar a razão antes de escutar suas inclinações. Embora se prive, nesse estado, de várias vantagens, que lhe provêm da natureza, ele as ganha tão grandes, suas faculdades se exercem e se desenvolvem, as ideias se alargam, os sentimentos enobrecem, toda a sua alma se eleva a tal ponto que, se os abusos desta nova condição não o degradarem, muitas vezes, abaixo da que saiu, deveria bendizer, sem cessar, o feliz instante que dela o arrancou para sempre, e que, de um animal estúpido e limitado, fez dele um ser inteligente e um homem”.

²²⁷ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro IV, Capítulo II, aponta que “a vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral; é por ela que são cidadãos e livres. Quando se propõe uma lei na assembleia do povo, o que se lhes pergunta não é precisamente se aprovam a proposta ou se a rejeitam, mas se ela está conforme ou não à vontade geral, que é a deles; cada um que dá seu voto exprime sua opinião lá em cima e do cálculo dos votos se tira a declaração da vontade geral. Quando, pois, a opinião contrária à minha vence, isso não prova outra coisa senão que me enganei e que o que eu achava que fosse a vontade geral não o era. Se minha opinião particular venceu, eu terei feito coisa diferente do que quis, e então eu não teria sido livre”.

²²⁸ Cf. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Do Contrato Social: princípios do direito político*, São Paulo, 2002, Livro II, Capítulo IV.

1.3.5. CONDORCET

Entre as obras de maior destaque na França no final do século XIX, a célebre obra de Nicolas de Condorcet (1743-1794) sobre a instrução pública (composta das *Cinq mémoires sur l' Instruction Publique*, 1791, e do *Rapport sur l'Instruction Publique*, 1792), traduziu-se na mais completa teoria acerca da moderna escola republicana francesa, já que demonstrava o liame entre a instrução e a adesão dos cidadãos aos direitos do homem e à formação da vontade geral, podendo-se afirmar que essa obra já demonstrava que o ensino primário seria um direito-dever, pois, mais do que um direito individual, configurava-se a instrução como um dever fundamental, uma vez que a sociedade passava a exigir escolaridade compulsória e gratuita. Não por outra razão, instituiu-se, em várias partes, a exigência de alfabetização como requisito para o voto, na esteira da consolidação da democracia representativa²²⁹, tema que será trabalhado, posteriormente, por BENJAMIN CONSTANT.

De fato, CONDORCET, na obra *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, já reconhecia a alfabetização como pressuposto para o exercício da cidadania plena, sendo que a sua teoria da Escola Pública sofreu influência decisiva do regime republicano, a partir do dever de submissão às leis.

CONDORCET também vai alertar quanto ao dever da sociedade em assegurar a instrução pública para todos os cidadãos²³⁰, bem como vai tratar sobre a igualdade de oportunidades de oportunidades, assegurando aos indivíduos a instrução

²²⁹ Cf. NINA RANIERI, *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*, 2009, p. 17.

²³⁰ Cf. NICOLAS DE CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, 1994, p. 61, afirmava que: “L’instruction publique est un devoir de la société à l’égard des citoyens. Vainement aurait-on déclaré que les hommes ont tous les mêmes droits; vainement les lois auraient-elles respecté ce premier principe de l’éternelle justice, si l’inégalité dans les facultés morales empêchait le plus grand nombre de jouir de ces droits dans toute leur étendue. L’état social diminue nécessairement l’inégalité naturelle, en faisant concourir les forces communes au bien-être des individus. Mais ce bien-être devient en même temps plus dépendant des rapports de chaque homme avec ses semblables, et les effets de l’inégalité s’accroîtraient à proportion, si l’on ne rendait plus faible et presque nulle, relativement au bonheur et à l’exercice des droits communs, celle qui naît de la différence des esprits”.

necessária para exercer suas funções comuns na família e como cidadão e a conhecer os seus deveres²³¹.

Defendia também CONDORCET a igualdade de instrução entre homens e mulheres²³², sendo garantido um primeiro grau de instrução comum a todos com o objetivo dos cidadãos conhecerem seus direitos e deveres²³³.

Destaca-se as ideias avançadas de CONDORCET em relação ao ensino da constituição, consignando que a desigualdade de instrução é um dos princípios fundamentais da tirania²³⁴, sendo que ensinar a Constituição não pode desestimular o cidadão a ser crítico do legislador; deve ser capaz de apreciar e corrigir.

I.3.6. JOHN LOCKE

*Na Inglaterra*²³⁵, em 1690, foi publicada a obra *Dois Tratados do Governo Civil* de JOHN LOCKE (1632-1704) – um dos mais famosos filósofos políticos da história da Europa - que foi elaborada nos anos oitenta e que influenciou decisivamente

²³¹ Cf. NICOLAS DE CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, 1994, p. 64, apontava que: “Le devoir de la société, relativement à l'obligation d'étendre dans le fait, autant qu'il est possible, l'égalité des droits, consiste donc à procurer à chaque homme l'instruction nécessaire pour exercer les fonctions communes d'homme, de père de famille et de citoyen, pour en sentir, pour en connaître tout les devoirs”.

²³² Cf. NICOLAS DE CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, 1994, p. 96. “L'instruction doit être la même pour les femmes et pour les hommes.

²³³ Cf. NICOLAS DE CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, 1994, p. 109.

²³⁴ Cf. NICOLAS DE CONDORCET, *Cinq mémoires sur l'instruction publique*, Paris, 1994, p. 62.

²³⁵ Cf. THOMAS HOBBS, *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, São Paulo, 2008, p. 406. Na Inglaterra, THOMAS HOBBS (1588-1679), na obra *Leviatã*, de 1651, representa o início do Constitucionalismo dos modernos, pois defendia que nenhuma constituição é possível sem soberania, defendendo, ao tratar sobre “Do que é necessário para um Homem ser Recebido no Reino dos Céus” (Parte III, Capítulo 43), que a obediência “é um item Imprescindível para Salvação e a quem é devida”. HOBBS anunciava que era necessário a obediência aos soberanos civis, constituídos por um pacto mútuo, que vai estar definido numa Lei Fundamental. THOMAS HOBBS, *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, São Paulo, 2008, doutrina sobre a vontade de obedecer a Lei Fundamental, que seria aquela “que se, eliminada, destrói o Estado que resulta totalmente dissolvido, da mesma maneira que um edifício cujos alicerces se corroem. Portanto, Lei Fundamental é aquela que obriga os súditos a sustentar qualquer poder que seja conferido ao Soberano, seja ele um Monarca ou uma Assembleia Soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir, como é o caso do poder de Guerra e da Paz, o da Judicatura, o da Designação dos Funcionários e o de fazer o que for necessário para o bem Público. Já a Lei não Fundamental é aquela cuja revogação não acarreta a dissolução do Estado, como é o caso das Leis relativas às controvérsias entre súditos”.

a Revolução Gloriosa, em 1689. Na visão de LOCKE²³⁶, *o exercício da liberdade depende do discernimento do destinatário quanto ao cumprimento dos seus deveres*, razão pela qual ele defende que os pais têm o dever de cuidar de seus filhos em face ao estado de imperfeição da infância até que eles possam dirigir sua própria vontade, quando então serão considerados homens livres como seus pais.

Não foi por menos que ao escrever a obra *Alguns Pensamentos sobre a Educação*, LOCKE revelou-se um grande representante da doutrina da educação, influenciando, decisivamente, a obra *Émile* de ROUSSEAU.

Defende LOCKE que os pais têm o dever de educar os filhos, e a natureza e alcance destes direitos e deveres mútuos muda essencialmente quando da chegada da idade da razão à idade da liberdade plena. LOCKE considera que o propósito da educação é a liberdade, através do desenvolvimento da razão no indivíduo²³⁷.

Para LOCKE, a educação serve ao propósito de acomodação, adequando o indivíduo à sociedade, numa instância de socialização²³⁸.

I.3.7. PUFENDORF

Na Alemanha, entre os juspolíticos que mais se destacaram neste período de afirmação do Estado moderno sobre a temática dos deveres está SAMUEL

²³⁶ JOHN LOCKE, *Dois Tratados do Governo Civil*, Lisboa, 2006, pp. 275, afirma que “a liberdade do homem e a liberdade de agir de acordo com sua própria vontade fundamentam-se no facto de que está dotado de razão, e que esta é capaz de o instruir na lei segundo a qual ele se deve governar e dar-lhe a conhecer a margem de que goza para exercer a liberdade da sua própria vontade”.

²³⁷ Cf. JOHN LOCKE, *Alguns Pensamentos Sobre a Educação*, Lisboa, 2012, pp. 14 e 15.

²³⁸ JOHN LOCKE, *Alguns Pensamentos Sobre a Educação*, Lisboa, 2012, p. 54, entende que “a boa educação dos filhos é de tal forma um dever e a missão dos pais, e o bem-estar e a prosperidade das nações depende tanto dela, que gostaria de levar esta convicção ao coração de todos. E depois de terem examinado bem e distinguido aquilo que a fantasia, o costume ou a razão ensinam sobre este tema, gostaria que todos contribuíssem com o seu apoio para difundir essa convicção de que a forma de educar a juventude relativamente à sua distinta condição é também o modo mais fácil, simples e adequado para produzir homens íntegros, hábeis e úteis nas suas distintas vocações; e que a vocação ou profissão que maior atenção merece é a do cavalheiro. Porque, se aqueles que pertencem a essa categoria, são colocados, graças à educação, no caminho recto, rapidamente também colocarão em ordem os outros”.

PUFENDORF²³⁹ (1632-1694), que foi um dos primeiros autores a defender que o direito natural se assentava nas convenções sociais e não em valores transcendentais.

PUFENDORF sustentava que existiriam deveres: *i)* do homem para com Deus – deveres como o Ente Soberano, *ii)* deveres do homem para consigo – o que o distingue dos animais e *iii)* deveres do homem para com os outros homens – não fazer o mal para ninguém e reparar o dano causado²⁴⁰.

Sucede, pois, que para PUFENDORF, o conhecimento humano derivaria do seu dever, do que seria adequado fazer, ou do que deveria ser evitado, derivando de três fontes ou nascentes: *i)* da Luz da Natureza, aqueles deveres que constituem o homem como uma criatura sociável com o restante da humanidade; *ii)* das Leis e Constituições dos Países, aqueles deveres do homem enquanto membro de uma comunidade e *iii)* Revelação de Deus Todo-Poderoso, que seriam aqueles deveres de um homem cristão²⁴¹.

Ademais, já destacava PUFENDORF que o cumprimento dos deveres por parte dos cidadãos estaria condicionado a quatro condições essenciais: *i)* que o objeto da ação esteja disponível; *ii)* que se tenha um lugar adequado; *iii)* que haja um tempo próprio e *iv)* que haja força natural suficiente para a execução, até porque “*homem*

²³⁹ SAMUEL PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, p. 57, conceituou a palavra *dever* como “Aquela ação de um Homem, que é regularmente organizada de acordo com alguma Lei escrita, a que ele é obrigado a obedecer”, observando-se que a ação humana seria aquela “empreendida pela Luz do Entendimento e por Escolha da Vontade”. PUFENDORF acreditava que apenas um governo civil forte poderia garantir a segurança e a paz social, promovendo a deslegitimação do Estado e a laicização do Estado. Sua obra influenciou a formação teórica, política e moral de gerações, inspirando os princípios da Constituição Norte-Americana de 1787.

²⁴⁰ A obra *Deveres do homem e do cidadão* de SAMUEL PUFFENDORF (1632-1694) foi publicada em latim, *De officio hominis et civis*, em 1673, tendo sido publicada, posteriormente, em 1691, com o título *The Whole Duty of Man, According to the Law of Nature*. Ele defendia que: “Os Deveres que, pelo Direito Natural, cabem ao Homem parecem mais adequadamente ser divididos de acordo com os Objetivos a que estão relacionados. Com respeito ao que, são classificados sob três Divisões principais: a primeira das quais nos dá Orientação sobre como, pelos simples ditames da Razão correta, o Homem deveria comportar-se com relação a Deus; a segunda contém nosso Dever para conosco próprios; e a terceira, para com os outros Homens”.

²⁴¹ Defendia, portanto, esse famoso advogado civilista e Professor de Direito Natural e das Nações de Heidelberg, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, p. 41, que “daí procederem três Ciências distintas: A primeira das quais é o *Direito Natural*, comum a todas as Nações; a segunda é o *Direito Civil* ou *Municipal*, peculiar a cada País, que é ou pode ser tão múltipla e variada quantos são os diferentes Estados e Governos que há no Mundo; a terceira é *Divindade Moral*, em contraste com aquela Parte da Divindade que cuida de explicar os Artigos de nossa Fé”.

nenhum é responsável por não fazer o que extrapolava seu Poder, e que ele não tinha Força suficiente para impedir ou realizar”²⁴².

Entretanto, foi PUFENDORF quem primeiro trouxe as primeiras noções do que este autor denomina de *Teoria da recompensa dos deveres fundamentais*.

Sem embargo, ao tratar sobre a função dos deveres, PUFENDORF esclarece que as restrições às liberdades naturais têm o propósito de que ele venha a usufruir de benefícios²⁴³.

De fato, a *compensação* de que o destinatário de um dever venha a respeitar às imposições legais consiste na efetividade dos direitos. Qual é o benefício para um indivíduo ele ter que respeitar deveres? Restringir suas liberdades? Assegurar o respeito das mesmas. A inclinação do ser humano a viver em sociedade deriva da razão de que é mais vantajoso para o próprio viver dessa forma, e, conseqüentemente, caberá a ele a fazer as opções mais atraentes para o seu próprio bem-estar.

Vale dizer, cumprir com os seus deveres vale a pena para poder usufruir de direitos.

Ademais, PUFENDORF já assinalava que a busca do bem público por qualquer Estado ou Governo corresponde aquela opção mais vantajosa dentre o conjunto de vantagens de homens isolados, que estará consagrado na Constituição²⁴⁴.

²⁴² Cf. SAMUEL PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, p. 72.

²⁴³ SAMUEL PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, p. 83, defende que “seria uma tolice e *sem nenhum propósito* impor uma Restrição à Liberdade natural da Vontade de algum Homem, se ninguém receberá daí nenhum Benefício”.

²⁴⁴ Para SAMUEL PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, pp. 292 e 293, “além do mais, para que alguma Sociedade se possa unificar segundo uma Maneira regular, são exigidos *Duas Convenções* e Um Decreto, ou *Constituição*. Pois, primeiro, de todos os muitos que se espera que estejam em uma Condição de Liberdade Natural, quando eles se unem para formar e constituir alguma Sociedade Civil, cada Pessoa entra em Convenção uma com a outra, pois que estão dispostas a entrar em uma duradoura Aliança e Associação e a pôr em prática os Métodos de sua Segurança e Salvaguarda por meio de Consulta e Gerenciamento comuns entre elas: em uma Palavra, que estão dispostos a se fazerem Companheiros da mesma Sociedade. Para qual Convenção é um Requisito que cada Pessoa isolada consinta e concorde. E quem não dá o seu Consentimento permanece excluído dessa Sociedade. Após essa *Convenção*, é necessário que haja uma *Constituição* pactuada por um Decreto público, estabelecendo que *Forma de Governo* deverá ser escolhido. Pois, enquanto isso não for determinando, nada se poderá resolver com alguma Certeza, que possa conduzir à Segurança Pública”.

Com efeito, o pensamento político de PUFENDORF já anunciava, indiscutivelmente, que a efetividade das normas constitucionais num Estado democrático dependeria da identificação dos súditos com os seus deveres²⁴⁵, que será alcançada através do cumprimento do dever dos pais em assegurar educação hábil e sensata em relação aos seus filhos²⁴⁶.

I.3.8. KANT

Por sua vez, o filósofo IMMANUEL KANT (1724-1804) discorreu sobre os deveres, na obra *Metafísica dos Costumes*, numa perspectiva de doutrina universal, que se dividiria em: i) doutrina do direito (*ius*), que é apropriado para as leis externas e ii) doutrina da virtude – ética – que seria a doutrina dos deveres²⁴⁷.

Para KANT, a doutrina do direito teria relação com a condição formal da liberdade externa, enquanto a ética (*ethica*) proporcionaria ainda uma matéria (um objeto do arbítrio livre), “um *fim* da razão pura que, ao mesmo tempo, se apresenta como um fim objectivamente necessário, isto é, como um dever para o homem”.

Defendia o ilustre filósofo que as inclinações sensíveis nos induzem a fins (como matéria de arbítrio) que se podem opor ao dever, a razão legisladora, por seu

²⁴⁵ Ao tratar das falhas em uma Constituição, PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, p. 306, explica que “mas as *Imperfeições* de qualquer Constituição são quando suas Leis não se adaptam ao Temperamento e Gênio do Povo ou do País; ou quando os Súditos as usam pra fomentar Distúrbios intestinos, ou para fazer Provocações injustas a seus Próximos; ou quando essas Leis tornam os Súditos incapazes de se desincumbir dos Deveres que são necessários para a Preservação do Público; por exemplo, quando por causa de seu Defeito as Pessoas devem necessariamente anular-se na Indolência, ou tornar-se inadequadas para aproveitar a Paz e a Abundância; ou quando as Constituições fundamentais são organizadas de tal Maneira que os Assuntos do Público só podem ser resolvidos muito devagar, e com Dificuldade”.

²⁴⁶ SAMUEL PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, pp. 274 e 275, consignava que “O Dever dos Pais consiste principalmente em que eles mantenham seus Filhos confortavelmente e que assim formem seus Corpos e Mentes por meio de uma Educação hábil e sensata, para que possam tornar-se Membros adequados e úteis da Sociedade Humana e Civil, Homens de Probidade, Sabedoria e boa Índole. Para que possam dedicar-se a algum Modo de Vida adequado e honesto, para que possam, conforme seus Gênios e a Oportunidade permitirem, fazer crescer e prosperar os seus Haveres”.

²⁴⁷ Cf. IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 13.

turno, só pode defender a sua influência mediante um fim moral contrário, que deve ser dado *a priori*, independentemente da inclinação²⁴⁸.

Segundo o pensamento kantiano, o fim seria um objeto do arbítrio de um ser racional, mediante cuja representação este se determinaria a uma ação orientada a produzir este objeto. Daí que “a ética pode, por esta razão, definir-se também como o sistema dos fins da razão prática. – Fim e dever assinalam a distinção entre as duas secções da doutrina geral dos costumes. O facto de a ética conter deveres, a cujo cumprimento não podemos por outros ser (fisicamente) obrigados, é apenas a consequência de ela ser uma doutrina dos fins, porque uma coacção dirigida a tê-los ou a propô-los se contradiz a si mesma”.

Afirma que a doutrina do direito deixa ao arbítrio de cada um decidir que fim se quer propor para a sua ação, entretanto a liberdade do agente poderá coexistir com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal. Na ética, o conceito de dever levará a fins e as máximas, em relação aos fins que nos devemos propor, têm de se fundamentar de acordo com princípios morais.

Suced, pois, que essa foi a grande contribuição de KANT para consubstanciar a importância dos deveres para o constitucionalismo – a de defender a aproximação dos deveres éticos²⁴⁹ dos deveres jurídicos, que ocorreria através do respeito pelo direito, já que “deste modo, o homem propõe-se como fim seu direito da humanidade ou também dos homens, e alarga assim o seu conceito do dever para lá do conceito do *devido* (*officium debiti*): porque outrem pode, em virtude do seu direito, exigir ações adequadas à lei, mas não que esta constitua também, simultaneamente, o seu móbil. O mesmo acontece com o mandamento ético universal: “age em conformidade com o dever por dever”. É meritório fundar e avivar em si mesmo esta

²⁴⁸ IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 15, declara que “mas se também estou obrigado a propor-me como fim algo que reside nos conceitos da razão prática, portanto, a ter, além do princípio formal de determinação do arbítrio (como o que contém o direito), ainda um fundamento material, um fim que se possa opor ao fim derivado dos impulsos sensíveis, então este seria o conceito de um *fim que é em si mesmo um dever*; a doutrina do mesmo, porém, não pertencerá à doutrina do direito, mas à ética, que é a única que compreende no seu conceito a autocoacção segundo leis (morais)”.

²⁴⁹ Para KANT, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 45, os deveres de virtude seriam aqueles para os quais não há nenhuma legislação externa. O dever ético deve respeitar a lei da razão, correspondendo a racionalidade o poder legislativo que nos impõe leis a serem respeitadas.

intenção, tal como a anterior, porque ela vai além da lei do dever das ações e, ao mesmo tempo, converte em móbil a lei em si”²⁵⁰.

Para KANT, todo o homem possui o dever de reconhecer deveres em decorrência de sua consciência moral, que se traduz na razão prática que mostra ao homem o seu dever em cada caso concreto de uma lei, absolvendo-o ou condenando-o²⁵¹.

Da obra da KANT, pode-se concluir que os deveres são inerentes ao ser humano²⁵², na medida em que seria necessário cultivar a vontade do seu cumprimento até chegar à mais pura intenção virtuosa, onde a lei se converte, ao mesmo tempo, no móbil das suas ações conformes ao dever, e obedecer-lhe por dever, o que constitui a perfeição prático-moral interna²⁵³.

Os deveres serviriam, pois, para proteger as liberdades e não para restringi-las de forma desnecessária.

Em 1803, foi publicada a obra *Sobre a pedagogia*, onde KANT discorre sobre a importância da educação, ao alegar que “o homem só pode ser tornar homem através da educação. Nada mais é do que aquilo em que a educação o torna. É de notar que o homem só pode ser educado por homens, por homens que foram igualmente educados. Daí que a falta de disciplina e instrução em alguns homens os torne maus educadores dos seus educandos”.

KANT também demonstra o ensino como dever instrumental²⁵⁴ aos demais deveres, uma vez que somente através da educação a obediência voluntária poderá ser alcançada²⁵⁵.

²⁵⁰ Cf. IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 21.

²⁵¹ Para KANT não se pode confundir deveres como sentimentos, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 35, já que não existe o dever de possuir sentimentos, pois eles não nasceriam da vontade, não podendo assim ser exigidos. V. g., O Estado não pode obrigar o cidadão a amar a pátria, mas pode obrigar ao cidadão a proteger a pátria, a permitir o funcionamento regular do Estado, a pagar os tributos etc.

²⁵² É nítida a perspectiva universalista de IMMANUEL KANT na defesa dos deveres humanos e da perspectiva contratualista na defesa dos deveres fundamentais de ROUSSEAU.

²⁵³ Cf. IMMANUEL KANT, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 21.

²⁵⁴ Cf. IMMANUEL KANT, *Sobre a pedagogia*, Lisboa, 2012, p. 12.

I.3.9. FICHTE

JOHANN GOTTLIEB FICHTE (1762-1814) publicou obra sobre o contrato de cidadania através dos deveres em 1797²⁵⁶, consignando que “na medida em que o indivíduo é limitado pela lei, é súbdito, está submetido ao poder protetor ou poder do Estado no domínio que lhe é cometido. É somente sob a condição da sua contribuição que o contrato é celebrado com o indivíduo: por conseguinte, logo que o cidadão deixe de satisfazer esta contribuição, o contrato é denunciado”.

FICHTE alega que no contrato de cidadania²⁵⁷ existe uma cláusula de *submissão*, que surge quando houver descumprimento dos deveres para com o Estado: “Se eu cumpro os meus deveres sem interrupção nem exceção, deveres entre os quais se inclui o de, em relação aos indivíduos, não ultrapassar os limites da minha liberdade, que me são assinalados pela lei, sou então, no que ao meu carácter público diz respeito, um simples participante na soberania, e, no que ao meu carácter privado diz respeito, sou apenas um indivíduo livre, mas nunca um súbdito. Converter-me-ia em súbdito no caso de não cumprir os meus deveres”.

Sobre o dever de instrução, FICHTE ensina a perspectiva orgânica do contrato de cidadania que se aplica diretamente ao dever de instrução, uma vez que “Um povo que deve ser ele próprio a escolher os seus governantes tem de ser já um povo muito educado”²⁵⁸.

²⁵⁵ IMMANUEL KANT, *Sobre a pedagogia*, Lisboa, 2012, p. 22, alega que “é através da instrução que será alcançada a obediência voluntária, na medida em que para alicerçar o carácter moral nas crianças, existem deveres para consigo mesmo e deveres para com os outros. A veneração e respeito pelo direito dos homens deve ser ensinado desde cedo”.

²⁵⁶ Cf. JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa, 2012.

²⁵⁷ Para FICHTE, “o contrato de cidadania é um contrato que cada indivíduo celebra com o todo real do Estado, todo que se forma e se conserva a si próprio mediante os contratos com os indivíduos, e por via do qual o indivíduo conflui neste todo com uma parte dos seus direitos, recebendo em troca os direitos de soberania”, *Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa, 2012, p. 245.

²⁵⁸ Cf. JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa, 2012, p. 243.

I.4. O dever fundamental de instrução e o Estado Liberal

I.4.1. O dever fundamental de instrução no Constitucionalismo pós-revolução francesa

Paradoxalmente, a gênese dos deveres fundamentais corresponde às revoluções do final do século XVIII, que representaram um momento decisivo para a afirmação do constitucionalismo, uma vez que as Declarações dos movimentos revolucionários demonstraram a necessidade das liberdades serem respeitadas através de um conjunto de deveres fundamentais, em que o Estado, enquanto seu destinatário direto, não poderia deixar de concretizá-los legislativamente.

Com a crise do jusnaturalismo, no fim da segunda metade do século XVIII, os deveres fundamentais são, de forma tímida, reconhecidos pelo racionalismo²⁵⁹, sendo em geral identificados como limites imanentes dos direitos fundamentais, o que acabou por consolidar no início uma unilateralidade dos direitos fundamentais²⁶⁰.

Com efeito, embora não tenha ocorrido uma reclamação de declarações de deveres nos textos que inauguraram o novo regime político norte-americano, com a Declaração de Direitos da Virgínia de 16 de junho de 1776 e a Constituição de 1787, até porque a Revolução liberal norte-americana visava impedir a existência de deveres sem direitos (*no taxation with out representatio*), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789²⁶¹, na França, já consagrava expressamente três deveres fundamentais clássicos, quais sejam: o dever de obediência (art. 7º), o dever de pagar impostos (art. 13º) e o dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação por utilidade pública (art. 17º).

²⁵⁹ Como bem elucida ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade. Volume I: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Épocas Medieval e Moderna*, Cascais, 2001, p. 34, “o direito natural encontra-se centrado nos deveres ou ofícios, e não nos direitos, o que impede uma visão da ordem jurídica fundada nos direitos individuais”.

²⁶⁰ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 316.

²⁶¹ NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, 1992, p. 60, aponta que com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão houve a consagração individualista dos direitos, onde primeiro vêm os direitos, depois os deveres. Para o autor, “no Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face ao Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos”.

Entretanto, foi a Constituição Francesa de 22 de agosto de 1795 que inaugurou a *Constitucionalização dos deveres*, sendo dividida em duas partes²⁶². A primeira parte que tratou sobre os direitos do homem e do cidadão francês, mas a segunda parte prescrevera uma Constituição dos deveres com nove artigos, quais sejam:

“Artigo Primeiro. A Declaração dos direitos contém as obrigações dos legisladores: a manutenção da sociedade exige que os seus componentes conheçam e cumpram, por igual, os seus deveres.

Art. 2. Todos os deveres do homem e do cidadão derivam dos dois princípios seguintes, gravados pela natureza em seus corações: - Não façais a outrem o que não quiserdes que se faça a vós. – Fazei constantemente aos outros o bem que desejais receber.

Art. 3. As obrigações de cada qual perante a sociedade consistem em defendê-la, servi-la, viver em submissão às leis e respeitar os seus órgãos.

Art. 4. Ninguém é bom cidadão, se não é bom filho, bom pai, bom irmão, bom amigo, bom esposo.

Art. 5. Ninguém é homem de bem, se não observa sincera e religiosamente as leis.

Art. 6. Aquele que viola abertamente as leis declara-se em estado de guerra contra a sociedade.

Art. 7. Aquele que, sem infringir abertamente as leis, as ilude com astúcia ou destreza, fere os interesses de todos: ele se torna indigno da benevolência e da estima geral.

²⁶² JORGE DE ESTEBAN e PEDRO J. GONZÁLEZ-TREVIJANO atestam que a primeira vez que a expressão “deveres fundamentais” apareceu em um texto constitucional foi na terceira das Constituições revolucionárias francesas, de 1795, *Curso de derecho constitucional español*, Vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1993, pp. 306-307.

Art. 8. É sobre a manutenção das propriedades que repousam a cultura das terras agrícolas, todas as produções, todos os meios de trabalho e toda a ordem social.

Art. 9. Todo cidadão deve seus serviços à pátria e à manutenção da liberdade, da igualdade e da propriedade, sempre que a lei o convocar para defendê-las”.

A Constituição Francesa de 1795 correspondeu a uma declaração de deveres fundamentais para consagrar a explícita ordem privatista do sistema capitalista de produção, já que as declarações iniciais só com direitos sem deveres acabaram por não atender os interesses da burguesia.

Os deveres fundamentais começam a ser afirmados, pois, a partir do nascimento do Estado de Direito²⁶³, quando situações jurídicas passivas - as sujeições, os deveres e as obrigações assumidas pelos particulares – começam a ser reconhecidas nas Declarações de Direitos, em face ao princípio da sujeição dos cidadãos às leis.

Esse Estado de submissão às leis é o Estado dos Deveres Fundamentais na perspectiva liberal²⁶⁴, onde a Constituição jacobina de 1795 apresentou mais uma dimensão pedagógica do que jurídica, uma vez que se buscava privilegiar a liberdade individual²⁶⁵. Buscava-se consagrar mais direitos e menos deveres, oponíveis a terceiros e ao Estado²⁶⁶.

I.4.1.1. BENJAMIN CONSTANT

²⁶³ Nesse sentido, cf. SANTIAGO VARELA DIAZ, *La Idea de deber constitucional*, p. 70.

²⁶⁴ Sobre a obediência à lei, cf. ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM, *A Lei da Liberdade. Volume I: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Épocas Medieval e Moderna*, Cascais, 2001, maxime, pp. 257 a 282.

²⁶⁵ Cf. FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 2005, p. 153.

²⁶⁶ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 2006, p. 76.

Nesse sentido, a célebre conferência de BENJAMIN CONSTANT (1767-1830), “*De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*”²⁶⁷, pronunciada em 1819 no Ateneu Real de Paris, vai deixar bem claro a diferença entre o cumprimento dos deveres para os antigos e os modernos²⁶⁸, no sentido que para os modernos os deveres servem para proteger as liberdades individuais, numa tentativa de construir uma sociedade de burgueses empreendedores que fossem, ao mesmo tempo, cidadãos ativos e esclarecidos.

Em outras palavras, para BENJAMIN CONSTANT, o Estado de deveres não visa atentar contra as liberdades, mas sim protegê-las. Preparar-se para exercer a cidadania não significa deixar ser manipulado pelo Estado. O cidadão deveria estar preparado para lutar pelos seus direitos individuais, dirigindo-se contra a democracia como pretexto, contra a ideia de que a democracia poderia legitimar os excessos do Terror Jacobino ou a tirania da maioria²⁶⁹.

Sobre a importância da educação, BENJAMIN CONSTANT esclarece que o dever de instrução deveria ser utilizado para a proteção dos direitos individuais²⁷⁰, no exercício da cidadania mais empenhada e esclarecida.

²⁶⁷ BENJAMIN CONSTANT, *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*, Lisboa, 2016, defendeu que a passagem da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos decorre de três fatores: i) o nascimento do Estado moderno; ii) a abolição da escravatura e iii) o desenvolvimento do comércio. CONSTANT defende que a felicidade dos gregos se realizava na *polis*, enquanto no mundo moderno ela deslocou-se para a esfera privada - a legitimação da esfera privada como espaço ideal de concretização da felicidade humana no quadro do Estado moderno e da economia mercantil.

²⁶⁸ BENJAMIN CONSTANT, *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*, Lisboa, 2016, p. 19, criticava a pretensão que os cidadãos sejam completamente dominados para que a nação seja soberana, que o indivíduo se torne escravo para que o povo seja livre.

²⁶⁹ ²⁶⁹ BENJAMIN CONSTANT, *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*, Lisboa, 2016, p. 16, esclarece que: “O objectivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos da mesma pátria; era a isso que chamavam liberdade. O objectivo dos modernos é a segurança do seu bem-estar privado; e chamam liberdade às garantias que as instituições concedem a esse bem-estar”.

²⁷⁰ BENJAMIN CONSTANT, *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*, Lisboa, 2016, p. 19, critica a manipulação da educação: “É o caso da educação, por exemplo; o que nos é dito sobre a necessidade de permitir que o governo se aproprie das novas gerações para as moldar a seu bel-prazer e com quantas citações eruditas se apóia essa teoria! Os persas, os egípcios, a Gália, a Grécia, a Itália desfilam sucessivamente perante os nossos olhos. Ó, Caros Senhores, nós não somos persas, sujeitos a um déspota, nem egípcios, subjugados por sacerdotes, nem gauleses que podiam ser sacrificados pelos druidas, nem enfim, gregos ou romanos, cuja participação na autoridade social tinha como contrapartida a servidão privada. Nós somos modernos, queremos gozar cada um dos nossos direitos, desenvolver as nossas faculdades como os parece melhor, sem prejudicar o próximo; queremos velar pelo desenvolvimento destas faculdades nas crianças que a natureza confia à nossa afeição (e esta será tanto mais esclarecida quanto mais viva), só necessitando da autoridade para obter os instrumentos essenciais de ensino que ela nos puder fornecer – da mesma maneira que os viajantes aceitam os grandes caminhos que a autoridade lhes oferece sem se deixarem dirigir por ela no percurso que acolheram”.

I.4.1.2. HERBART

JOHANN FRIEDRICH HERBART (1776-1841), na obra *Pedagogia Geral*, esboça a importância da instrução como dever fundamental para conter o que denomina de *princípio da desordem*²⁷¹, ao discorrer sobre o governo das crianças, uma vez que a criança vem ao mundo desprovida de vontade e, por consequência, incapaz de qualquer relação moral até chegar à idade da razão na fase adulta, não se podendo admitir a educação sem qualquer controle e sem qualquer formação²⁷².

I.4.1.3. STUART MILL

No século XIX, quem se notabilizou pela discussão da limitação da atuação do Estado sobre o indivíduo, foi JOHN STUART MILL (1806-1873)²⁷³, que publicou em 1859 em Londres a obra *Sobre a liberdade*, onde defende o dever do Estado em evitar o máximo em interferir na vida das pessoas – toda a interferência, quer por parte do Estado, quer por parte de terceiros, em assuntos que só digam respeito ao indivíduo, é ilegítima e o ônus da prova será sempre de quem venha a promover a interferência²⁷⁴.

Entretanto, reconhecia JOHN STUART MILL a necessidade do Estado, através da escolarização, poder inculcar valores e criar capacidade de mobilização social através da instrução pública, defendendo que “não é quase um axioma por si só evidente que o Estado devia impor uma escolaridade mínima obrigatória a todos os seus

²⁷¹ JOHANN FRIEDRICH HERBART, *Pedagogia Geral*, Lisboa, 2010, pp. 30 e 31.

²⁷² JOHANN FRIEDRICH HERBART, *Pedagogia Geral*, Lisboa, 2010, p. 34.

²⁷³ JOHN STUART MILL, *Sobre a liberdade*, Lisboa, 2006, p. 134, defendeu que, embora haja limites da autoridade da sociedade sobre o indivíduo, todos que recebem a proteção da sociedade têm o dever de retribuir o benefício, e o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um tenha de adotar uma linha de conduta para com os outros.

²⁷⁴ JOHN STUART MILL, *Sobre a liberdade*, Lisboa, 2006, p. 159, afirma que “as máximas são, em primeiro lugar, que o indivíduo não é responsável perante a sociedade pelas suas ações caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo senão ele mesmo. Os chamados deveres para conosco não são socialmente obrigatórios, a não ser que as circunstâncias os tornem ao mesmo tempo deveres para com os outros. O termo dever para conosco, quando significa algo mais do que prudência, significa respeito por nós mesmos e desenvolvimento de nós mesmos; e ninguém pode responder perante os seus semelhantes por qualquer destes, pois nenhum é para o bem das pessoas perante quem tem de responder”.

cidadãos? E, contudo, quem não tem medo de reconhecer e defender esta verdade? De facto, praticamente ninguém negará que, após trazerem ao mundo um ser humano, um dos mais importantes deveres dos pais (ou, dado o estado presente da lei e do costume, do pai) é dar a esse ser uma educação adequada para que realize bem a sua parte na vida em relação a si e aos outros”.

I.4.1.4. TOCQUEVILLE

O atual Estado do mal-estar social, que restringe indevidamente as liberdades, já era denunciado, em 1835, por ALEXIS TOCQUEVILLE (1805-1859), o dever de obediência às leis, objetivando que os cidadãos compreenderiam que “para usufruir dos bens da sociedade, é preciso submeter-se aos seus encargos”²⁷⁵.

Constatou TOCQUEVILLE que o cidadão “obedece à sociedade não por ser inferior àqueles que a dirigem, ou menos capacitado do que qualquer outra pessoa para se governar a si próprio, mas por lhe parecer útil a união com seus semelhantes e por saber que essa união não pode existir sem um poder regulamentador”²⁷⁶.

Nos Estados Unidos, embora a Constituição de 1787 não viesse a se preocupar expressamente com a proteção ao ensino obrigatório, ALEXIS TOCQUEVILLE consignou a observância da escolaridade obrigatória, na medida em que foram tomadas medidas para criar escolas em todas as comunidades locais e que obrigavam “os seus habitantes, sob ameaça de pesadas multas, a apoiá-las firmemente. Nos distritos mais populosos, as escolas superiores são fundadas de modo idêntico. Os magistrados municipais devem velar para que os pais enviem os filhos à escola; têm o direito de multar aqueles que se recusarem a fazê-lo; e se a resistência persistir, nessa altura a sociedade substituirá a família e tomará conta da criança, retirando aos pais os direitos que a natureza lhes concedera, mas que eles tão mal utilizavam”²⁷⁷.

²⁷⁵ Cf. ALEXIS TOCQUEVILLE, *Da Democracia na América*, Cascais, 2002, p. 45.

²⁷⁶ Cf. ALEXIS TOCQUEVILLE, *Da Democracia na América*, Cascais, 2002, p. 105.

²⁷⁷ Cf. ALEXIS TOCQUEVILLE, *Da Democracia na América*, Cascais, 2002, p. 79.

I.4.1.5. SILVESTRE FERREIRA

No início do século XIX, em Portugal, quem tratou sobre os deveres fundamentais foi SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, que elaborou a *Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão*, em 1836, em cuja obra ele defende que os deveres são definidos pela lei do justo²⁷⁸.

De fato, SILVESTRE FERREIRA revelava que “os deveres que a lei impõe ao cidadão não podem estender-se além dos sacrifícios e encargos indispensáveis para assegurar a fruição do bem commun em conformidade da lei do justo”²⁷⁹.

Em relação aos sacrifícios que seriam suportados pelos cidadãos (sujeição passiva) para cumprir os seus deveres, SILVESTRE FERREIRA sustentava no art. 4º de sua Declaração que: “Deve presumir-se que o cidadão prestou consentimento tácito aos sacrifícios que se lhe exigirem, todas as vezes que elles forem uma consequência natural de algum acto que elle tiver livremente praticado, ou quando depois, de os haver experimentado, não tiver feito as reclamações que estavam ao seu alcance. Os cargos públicos, o serviço militar, e os effeitos da prescrição legal, são exemplos de consentimento tácito”.

Quanto à legitimidade para impor deveres, SILVESTRE FERREIRA esclarece que ela é concedida ao poder legislativo, que não poderá desmerecer a lei comum²⁸⁰.

I.4.2. Estado de Direito e a escolaridade de massas – o Ensino como elemento definidor da Organização do Estado

²⁷⁸ Para SILVESTRE FERREIRA, *Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão*, Paris, 1836, p. 2, a *lei do justo* consiste “naquelle maior bem possível de todos em geral, e de cada um em particular, que em qualquer caso occorrente a razão apresenta como ultimo resultado. A lei fundamental do estado deve garantir a cada cidadão a fruição dos seus direitos naturais, impondo às autoridades constituídas, bem como a cada individuo em particular, o dever de cooperarem para a manutenção d’aquelles direitos”. Dois anos antes, na obra *Manual do Cidadão em um Governo Representativo, ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes. Tomo I. Direito Constitucional*, Paris, 1834, p. 1, SILVESTRE FERREIRA, já sugeria que os deveres seriam todos os incômodos que a lei do justo impõe.

²⁷⁹ Cf. SILVESTRE FERREIRA, *Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão*, Paris, 1836, p. 3.

²⁸⁰ Cf. SILVESTRE FERREIRA, *Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão*, Paris, 1836, p. 4. Em *Manual do Cidadão em um Governo Representativo, ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes. Tomo I. Direito Constitucional*, Paris, 1834, p. 2, SILVESTRE FERREIRA esclarece que o interesse comum não se confunde com o interesse do maior número.

Não se pode dissociar a introdução do conceito de Estado de Direito²⁸¹ - *Rechtsstaat* - na Alemanha do século XIX, pelo professor de Direito Político da Universidade de Tübingen, Robert Von Mohl²⁸², da escolarização de massas em caráter obrigatório.

Ao contrário.

A escolaridade de massas não foi uma inevitabilidade histórica, mas antes uma vaga de fundo de reestruturação cultural do Ocidente que, durante décadas, ao longo dos séculos XIX e XX, reordenou a vida pública²⁸³, em que o Estado Liberal propugnou os deveres sem religião²⁸⁴.

O Estado foi substituindo as Igrejas²⁸⁵ como estruturas dominantes de autoridade e a comunidade nacional secularizou-se²⁸⁶, redimensionando como um projeto social unificado, orientado para o progresso e para o sucesso coletivo, através da ação individual de cidadãos²⁸⁷.

Daí que construir este tipo de cidadãos implicava retirá-los dos seus tradicionais núcleos de socialização e formá-los no seio de uma nova estrutura formal,

²⁸¹ Para FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, p. 422, São Paulo, 2006, “O Estado de Direito moderno nasce, na forma do ‘Estado legislativo de Direito’ (ou se preferir do ‘Estado legal’), no momento em que esta instância se realiza historicamente com a exata afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito válido e existente anteriormente. Graças a esse princípio e às condições que constituem a sua atuação, todas as normas jurídicas existem e simultaneamente são válidas desde que sejam ‘postas’ por autoridades dotadas de competência normativa.

²⁸² Cfr. PABLO LUCAS VERDÚ, *A Luta pelo Estado de Direito*, Rio de Janeiro, 2007, pp. 9-10; JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 2006, pp 47 e ss.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 96.

²⁸³ Cf. JOAQUIM AZEVEDO, *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*, Lisboa, 2007, p. 32.

²⁸⁴ Cf. GILLES LIPOVETSKY, *O Crepúsculo do Dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos*, Alfragide, Portugal, p. 28, p. 36.

²⁸⁵ DAVID JUSTINO, *Difícil é Educá-los*, 2010, p. 24, ensina que a afirmação do Estado moderno passa pelo princípio da laicidade a ser observado na formação das novas gerações, o que contrariou a influência das instituições religiosas nas escolas.

²⁸⁶ Cf. GILLES LIPOVETSKY, *O Crepúsculo do Dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos*, Alfragide, Portugal, p. 36.

²⁸⁷ Cf. RUDOLF VON IHERING, *A luta pelo direito*, Rio de Janeiro, 1986. Por sua vez, a *luta pelo direito* de RUDOLF VON IHERING (1818-1892) baseou-se em dois pilares: na luta pelos deveres do interessado para consigo próprio e na luta para com a sociedade. A sua tese, defendida por RUDOLF VON IHERING, na Sociedade Jurídica de Viena, em 1872, foi a seguinte: “é um dever resistir à injustiça ultrajante que chega provocar a própria pessoa, isto é, à lesão ao direito que, em consequência da maneira por que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal. É um dever do interessado para consigo próprio, porque é um preceito da própria conservação moral; é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize.

distinta e disciplinada, o que levou ao movimento mundial da construção dos modernos Estados-nações, sustentando-se na instituição mundial da escolarização de massas²⁸⁸.

Com efeito, Os Estados nacionais instituíram o sistema de educação escolar obrigatório que seguem uma matriz muito semelhante, a partir de um modelo transnacional moderno de educação, que vem se sobrepondo lentamente, durante décadas e décadas, a todas as formas pré-modernas ou não formalizadas de educação²⁸⁹.

Pode-se entender que *o ensino obrigatório consistiu num elemento indispensável à estruturação do moderno sistema de Estados europeus*, pois “se centrou não só na afirmação dos pilares políticos de soberania (território, fronteiras, administração pública, defesa, segurança interna, justiça etc.), mas também na urgente necessidade de criar uma identidade e um “povo” que conferisse sustentabilidade a essa nova realidade política”²⁹⁰.

Sem embargo, a *ideia da educabilidade como instrumento de construção da identidade nacional* atravessa todo o século XIX, com especial expressão entre as elites mobilizadas para o desafio da construção da nação²⁹¹.

O principal obstáculo à generalização e universalização da instrução pública não residia na escassez de recursos, mas sim na vontade das populações por não atribuírem especial importância a uma escolarização mínima ou por verem na escola desperdício de tempo face à necessidade de assegurar a subsistência familiar. Exigia-se, pois, um sistema de ensino capaz de unificar culturalmente o povo, a começar pela língua²⁹², resultando, portanto, a necessidade da escolaridade obrigatória para assegurar a coesão das opções políticas de cada Estado²⁹³.

²⁸⁸Cf. JOAQUIM AZEVEDO, *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*, Lisboa, 2007, pp. 51 e 52.

²⁸⁹Cf. JOAQUIM AZEVEDO, *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*. Lisboa: FML, 2007, p. 48.

²⁹⁰ Cf. DAVID JUSTINO, *Difícil é Educá-los*, Lisboa, 2010, p. 24.

²⁹¹ Cf. DAVID JUSTINO, *Difícil é Educá-los*, Lisboa, 2010, p. 24.

²⁹² HANNAH ARENDT, *Entre o passado e o futuro*, São Paulo, 1997. p. 223. Para ARENDT, a educação tem papel incomparavelmente mais importante politicamente nos EUA que em outros países, pelo fato de ser um país de imigrantes, e a fusão dos grupos étnicos mais diversos só poderia ser cumprida mediante a instrução, educação e americanização dos filhos de imigrantes. Considera ARENDT que, no século XVII, a educação tornou-se instrumento da política e a atividade política foi concebida como uma forma de educação, defendendo que o papel político que a educação representa em uma terra de imigrantes, o fato de que as escolas não apenas servem para americanizar as crianças, mas afetam também os seus pais, que são ajudados a se desfazer de um mundo antigo e a entrar num novo mundo, sendo

I.5. O dever fundamental de instrução e o Estado interventor

Entretanto, a partir do advento da Revolução Industrial, novos direitos fundamentais exigem novos comportamentos dos seus titulares, na medida em que os ideais adotados pelo Estado Liberal de Direito acabaram por não proteger as liberdades positivas conquistadas, passando o Estado a intervir nas relações entre os particulares, para garantir as suas necessidades sociais, surgindo o Estado Social de Direito²⁹⁴.

A educação escolar era instrumento de preparação e formação da mão-de-obra necessária ao desenvolvimento do modo de produção capitalista, pois havia que assegurar a integração profissional de todos os indivíduos e especializá-los em função dos lugares que iriam ocupar na nova divisão do trabalho, observando-se as exigências da sociedade industrial²⁹⁵.

Além disso, visando diminuir as desigualdades que aumentaram drasticamente com a Revolução Industrial inglesa, pois apenas algumas partes do mundo adotaram as inovações e tecnologias desenvolvidas neste período, buscou-se incentivar a criação de instituições educacionais mais inclusivas. Na Inglaterra, o sistema educacional, que até então era destinado basicamente à elite ou era comandado por denominações religiosas, ou exigia dos pobres o pagamento de taxas, tornou-se acessível às massas; a Lei da Educação de 1870 estabeleceu, pela primeira vez, o compromisso do governo com a prestação sistemática de educação universal. A

possível fundar uma nova ordem, deixando para trás um Velho Mundo, que foi rejeitado por não poder encontrar solução para a pobreza e para a opressão.

²⁹³ Sobre a concepção da educação como função do Estado, cf. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Educar, defender, fazer justiça. Análise estrutural e doutrinal das funções constitucionais do Estado à luz da Constituição real*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 235-256.

²⁹⁴ Cf. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 2005, p. 234.

²⁹⁵ DARON ACEMOGLU e JAMES ROBINSON, *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*, Rio de Janeiro, 2012, p. 81, apontam que “antes e acima de tudo, a Revolução Industrial dependeu de grandes avanços tecnológicos baseados no conhecimento acumulado na Europa ao longo dos séculos passados. Representou uma ruptura radical com o passado, que só foi possível graças ao método científico e aos talentos de diversos indivíduos especiais. A plena força dessa revolução veio do mercado, que criou oportunidades rentáveis para o desenvolvimento e aplicação de tecnologias. Foi a natureza inclusiva dos mercados que permitiu às pessoas alocarem seus talentos nas linhas mais adequadas de negócios. A educação e as competências deram também sua contribuição, à medida que foram os níveis relativamente altos de educação, pelo menos pelos padrões da época, que possibilitaram a emergência de empreendedores dotados de suficiente visão para empregar as novas tecnologias em seus negócios e procurar os trabalhadores com as habilidades necessárias para manejá-las”.

educação tornou-se inteiramente gratuita em 1891. Em 1893, a idade para encerrar os estudos foi definida em 11 anos. Em 1899, foi aumentada para 12 anos, e introduziram-se cláusulas especiais para os filhos de famílias necessitadas. Em decorrência dessas mudanças, houve a erradicação do analfabetismo na Inglaterra já em 1900²⁹⁶.

I.5.1. DURKHEIM

Uma das maiores inteligências sobre instrução neste período foi ÉMILE DURKHEIM (1858-1917), um representante do seu tempo, que testemunhou a época em que viveu, a da III República, da laicização do ensino público, dos progressos da grande indústria e do desenvolvimento das ciências humanas.

DURKHEIM reagiu contra a concepção individual da educação que descobriu nos seus antecessores, tais como KANT, HERBART, STUART MILL, pois considerava o processo educacional como a socialização da jovem geração pela geração adulta, sendo a escola um microcosmo social, defendendo que para cada sociedade, a educação é “o meio pelo qual prepara no coração das crianças as condições essenciais para a sua própria existência”. Assim, “cada tipo de povo tem a sua educação que lhe é própria e que pode servir para definir da mesma forma que a sua organização moral, política e religiosa. A educação é a ação exercida pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para a vida social. Tem por objeto suscitar e desenvolver na criança um certo número de estados físicos, intelectuais e morais que lhe exigem a sociedade política no seu conjunto e o meio ao qual se destina particularmente”²⁹⁷.

A perspectiva durkheimiana concebe que a educação tem o papel de iniciar a criança nos diferentes deveres, porque “ser livre, não é fazer o que nos apetece; é sermos responsáveis por nós próprios, é sabermos agir pela razão e cumprirmos o nosso dever. Ora, é justamente para dotar a criança deste domínio de si própria que a autoridade do professor deve ser exercida. A autoridade do professor é apenas um aspecto da autoridade do dever e da razão. A criança deve, pois, exercitar-se a reconhecê-la na palavra do educador e a submeter-se ao seu ascendente; é através desta

²⁹⁶ DARON ACEMOGLU e JAMES ROBINSON, *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*, Rio de Janeiro, 2012, p. 243.

²⁹⁷ ÉMILE DURKHEIM, *Educação e sociologia*, Lisboa, 2014.

condição que saberá, mais tarde, encontrá-la na sua consciência e aí se lhe conformar”²⁹⁸.

I.6. A Revolução Copernicana do Direito Público e o dever de instrução

No início do século passado, o Estado Social de Direito acaba por criar Estados de deveres sem direitos, na construção de Estados totalitários. Após a Segunda Guerra Mundial, a Revolução Copernicana do Direito Público²⁹⁹ implicou a mudança do paradigma de sujeição para o cidadão, haja vista que do dever de sujeição às leis (*rule of Law*) passou à submissão da Constituição (*rule of Constitution*), entretanto numa perspectiva de consagrar tão somente, nos textos das Constituições, direitos fundamentais.

Com efeito, até a 2ª Guerra Mundial, vivia-se num Estado Legislativo de Direito, em que a lei e o princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação do direito e o centro do ordenamento jurídico era ocupado pelo Código Civil³⁰⁰.

Entretanto, a intervenção direta do Estado nas relações econômicas e privadas, através da edição de inúmeras normas jurídicas, culminou na desvalorização da lei e, conseqüentemente, na descodificação do Direito. Com a multiplicação das

²⁹⁸ ÉMILE DURKHEIM, *Educação e sociologia*, Lisboa, 2014, p. 69.

²⁹⁹ A Revolução Copernicana traduz-se na passagem da fase em que as normas constitucionais dependiam da intervenção legislativa para um novo período em que esta intervenção não se faz mais imprescindível para a aplicação direta das normas constitucionais, *id est*, corresponde à queda do império da lei e ao advento da Constituição como o fundamento de validade do ordenamento e de limitação da atividade político-estatal. Ensina JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2008, que a Revolução Copernicana do Direito Público europeu, atrelada à Constituição alemã de 1949, consistiu num fenómeno de nova interpretação do ordenamento jurídico, em que as normas constitucionais passaram a adstringir “os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam as suas relações com os cidadãos sem necessidade de mediatização legislativa”. Vale dizer, os deveres fundamentais deverão ser respeitados a partir da força normativa da Constituição. Sobre o tema, cf. THOMAS KUHN, *A Revolução Copernicana*, Lisboa, 2002; ALFONSO GARCIA FIGUEROA, *La teoria Del Derecho em tiempos de constitucionalismo*, Madrid, 2003; LENIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, 2002; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, 2005; GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, 2006.

³⁰⁰ Destacam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 188, que a falta de operatividade jurídica da Constituição decorria da supervalorização da supremacia da lei e do parlamento.

normas jurídicas, o Código Civil perdeu, progressivamente, a posição de centralidade que até então ocupava no sistema jurídico.

Neste sentido, foi-se ampliando e fortalecendo a jurisdição constitucional, consolidando-se a ideia da Constituição como uma verdadeira norma jurídica³⁰¹. Surge triunfante um novo pensamento constitucional, voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o direito, inclusive das decisões judiciais e da legislação infraconstitucional³⁰². Este fenômeno jurídico recebeu a denominação de Neoconstitucionalismo³⁰³, provocando o surgimento de um novo modelo jurídico: o Estado Constitucional de Direito³⁰⁴.

Há uma viragem normativa constitucional, pois os princípios e as regras da Constituição passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional³⁰⁵. Até a Segunda Guerra prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo Parlamento como a fonte principal – quase a fonte exclusiva – do direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas sobretudo como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos³⁰⁶.

³⁰¹ GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 181, destacam que o atual prestígio jurídico da Constituição é fruto da “urdidadura de fatos e idéias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História”. Sobre a importância da Constituição no direito contemporâneo, cfr. GEORG JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 478 e ss.

³⁰² GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 55, defende que as decisões judiciais e a legislação infraconstitucional devem se compatibilizar com os princípios morais incorporados pela Constituição e seu sistema de direitos fundamentais.

³⁰³ GUSTAVO BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 61, conceitua como neoconstitucionalismo o processo por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais “espraíam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas”.

³⁰⁴ Para JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 83-85, a expressão “Estado Constitucional” parece ser de origem francesa, cuja primeira noção significa um Estado assente numa Constituição reguladora de toda a sua organização bem como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do poder. Destaca que, por sua vez, o “Estado de Direito” é o Estado no qual se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade se eleva a critério de ação dos governantes, objetivando a garantia dos direitos dos cidadãos.

³⁰⁵ LUÍS ROBERTO BARROSO, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, p. 12. Este autor defende que a principal marca da constitucionalização do direito infraconstitucional encontra-se, sobretudo, na reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

³⁰⁶ DANIEL SARMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. São Paulo, Coimbra, 2009, pp. 13-15: “Com efeito, as constituições europeias do 2.º pós-guerra não são cartas

Sucedeu que a partir da década de 60, movimentos esparsos no velho continente retomaram a discussão sobre a importância dos deveres fundamentais como pressupostos de existência dos direitos, nomeadamente, sobre o dever fundamental de instrução.

Nesse sentido, duas obras italianas até hoje são referência no assunto deveres fundamentais, quais sejam a obra de G. M. LOMBARDI, *Contributo allo Studio dei dovere costituzionali*, 1967³⁰⁷ e de CARMELO CARBONE, *I dovere pubblici individuali nella Costituzione*, 1968³⁰⁸.

Na França, a obra de G. BONNOT DE MABLY, em 1772, *Des droits et des devoirs du citoyen*³⁰⁹, acabou posteriormente sendo difundida em toda a Europa, cuja ideia principal é de assinalar que os cidadãos não possuem apenas direitos que devem ser respeitados pelo Estado, mas também deveres que estão obrigados a cumprir.

A partir da década de setenta, na Alemanha, os deveres fundamentais começam a despertar novamente a atenção da doutrina germânica em face da polémica criada em torno da *teoria funcional democrática dos direitos fundamentais*³¹⁰, aplicada ao funcionalismo público e do exercício de certas profissões e motivadas pela sessão de Konstanz da Associação dos Professores Alemães de Direito Público, quando obras começaram a ser publicadas sobre a matéria, o que levou aos deveres fundamentais a

procedimentais, que quase tudo deixam para as decisões das maiorias legislativas, mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições, como a economia, as relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenómeno de constitucionalização do direito, que envolveu a ampliação da influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando à adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do direito. Como boa parcela das normas mais relevantes dessas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são, em grande parte, princípios e não regras – a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção. A necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes – frequente em constituições compromissórias, marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico – deu espaço ao desenvolvimento da técnica da ponderação e tornou frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco das sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas”.

³⁰⁷ Cf. G. M. LOMBARDI, *Contributo allo Studio dei dovere costituzionali*, Milão, 1967.

³⁰⁸ Cf. CARMELO CARBONE, *I dovere pubblici individuali nella Costituzione*, Milão, 1968.

³⁰⁹ Cf. G. BONNOT DE MABLY, *Des droits et des devoirs Du citoyen*, Paris, 1772.

³¹⁰ Cf. CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 2004, pp. 20-21.

serem novamente estudados como normas indispensáveis ao cumprimento dos direitos³¹¹.

I.7. O dever de instrução nos Pactos Internacionais

A partir da Segunda Guerra³¹², a previsão dos deveres fundamentais em inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais, decorre da consagração da universalidade de determinados deveres que passam a condição de categorias jurídico-internacionais, que conformam limites heterônomos especiais ao exercício do poder constituinte, objetivando proteger uma pauta mínima de deveres essenciais e complementares à dignidade humana³¹³, entre eles, o dever de instrução.

Com efeito, mesmo em caráter implícito³¹⁴, o princípio do ensino obrigatório³¹⁵ passou a estar presente em vários acordos internacionais até o seu

³¹¹CRISTINA PAUNER CHULVI, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001, p. 57, aponta que “todas las regulaciones de los deberes encuentran su fundamento jurídico-constitucional em el amplio principio del Estado social y se interpretan desde la perspectiva de la solidaridad y no desde uma perspectiva meramente individualista porque son referidos al bien de la generalidad”.

³¹²JOAQUIM AZEVEDO, *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*, Lisboa, 2007.

³¹³Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 574.

³¹⁴O princípio do ensino obrigatório está implícito nos seguintes acordos internacionais que tratam sobre deveres fundamentais: **i) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 6 de dezembro de 1966 também preconizara a proteção dos deveres fundamentais ao estabelecer no seu preâmbulo que “o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto”; **ii) a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969)**; adotada e aberta a assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, preconizou um Capítulo específico sobre os deveres das pessoas (Capítulo V), onde estabelece que: “Artigo 32 - Correlação entre deveres e direitos. 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática; **iii) a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981)**, aprovada na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, reunida em Nairóbi, no Quênia, em junho de 1981, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos consagrou um capítulo somente para tratar sobre os deveres fundamentais, em face à “profunda desestruturação social que o colonialismo provocou nos povos do Continente. De um lado, a organização familiar tradicional viu-se desautorizada pelos colonizadores, sem que os africanos estivessem preparados para adotar o padrão ocidental de família monogâmica. De outro lado, o recorte territorial arbitrário das antigas colônias, desrespeitando a realidade étnica, tornou fragílimas as bases de identidade nacional nos diferentes países cuja independência foi proclamada na segunda metade do século XX”; **iv) Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras (1994)**, adotada em 26 de fevereiro de 1994, em Tenerife, na Espanha, a UNESCO patrocinou, em cooperação com a equipe Cousteau, uma reunião de especialistas

reconhecimento expresso nas mais recentes Convenções e nas Constituições dos seus Estados signatários³¹⁶, passando, inclusive, a exigir a prestação do serviço educacional com *standards* mínimos de qualidade³¹⁷.

De fato, o dever fundamental de instrução está presente expressamente em vários acordos internacionais, entre os quais:

I.7.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*³¹⁸, adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispõe, em seu artigo XXIX: “Toda pessoa tem *deveres* para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

No artigo XXVI, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vai tratar nomeadamente sobre a obrigatoriedade do ensino elementar, ao afirmar que: “1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus

com o Instituto Tricontinental de Democracia Parlamentar e Direitos Humanos, para elaborar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos das Gerações Futuras* que se traduz num conjunto de deveres orientados para a existência e preservação da comunidade enquanto geração atual para com as gerações futuras.

³¹⁵ Ao tratar sobre a massificação do ensino no período Pós-Segunda Guerra, PAULO GUINOTE, *Educação e Liberdade de Escolha*, Lisboa, p. 16, afirma que “tenham na sua origem as acima referidas práticas descentralizadas de leitura comunitária de matriz cristã reformista ou um esforço do aparelho de Estado para criar um aparato de âmbito nacional para enquadramento das populações, os sistemas educativos contemporâneos, em especial após a Segunda Guerra Mundial, optaram por mecanismos de regulação destinados a assegurar uma segunda fase do processo de massificação da frequência escolar iniciado no século XIX. Essa nova etapa visou o aprofundamento da democratização da Educação e a extensão da escolarização do maior número de indivíduos para lá do ensino primário. Em países de matriz descentralizadora e liberal, foram criados mecanismos de regulação que forçaram, por exemplo, ao fim da segregação racial e da guetização escolar das minorias”.

³¹⁶ JAN DE GROOF e CHARLES GLENN, *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. Volume 1. Netherlands: WLP, 2005, p. 77, ensinam que “In several countries the direct effect of international Standards concerning education is accepted, albeit reluctantly, although this legal capacity (*iuscogens*) cannot be ascribed to all conditions without exception. Nevertheless, by the application of international standards on education, which oblige States to take ‘suitable measures’ within national legislation and the existing legal order, mention is made of their relevance as guidelines or as an “international minimum”.

³¹⁷ Sobre a influência do direito internacional da educação em relação ao direito interno, JAN DE GROOF e CHARLES GLENN, *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*, Volume 1, Netherlands, 2005, p. 47, pontuam: “The international dimension of education policy is becoming an increasingly significant aspect of the national educational discourse and of national regulation in educational matters”.

³¹⁸ Foi ratificada pelo Brasil na mesma data. A designação atual decorreu da Resolução 548 (VI), da Assembleia Geral, que deliberou pela substituição da anterior – Declaração Universal dos Direitos do Homem – em todas as publicações anteriores.

elementares e fundamentais. *A instrução elementar será obrigatória.* A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos".

I.7.2. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Resolução XXX, da IX Conferência Internacional Americana, realizada em abril de 1948³¹⁹, na Cidade de Bogotá, dispôs, em seu artigo XII, que: "Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. *Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária*".

I.7.3. Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1952)

³¹⁹ Nessa mesma ocasião, foi aprovada a *Carta Internacional Americana de Garantias Sociais*, que assentou, em seu artigo 4º, que: "todo trabalhador tem direito a receber educação profissionalizante e técnica para aperfeiçoar suas aptidões e conhecimentos, obter maiores remunerações de seu trabalho e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção. Para tanto, o Estado organizará o ensino dos adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o aprendizado efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao mesmo tempo em que provê a sua formação cultural, moral e cívica".

O Protocolo nº 1 adicional à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais estabeleceu no seu artigo 2º - Direito à instrução³²⁰: “A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”.

I.7.4. Declaração dos Direitos da Criança (1959)

A *Declaração dos Direitos da Criança*, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, dispôs, em seu princípio 7º, que "a criança terá direito a receber educação, que *será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário*. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se membro útil da sociedade".

I.7.5. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960)

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação celebrou, em 14 de dezembro de 1960, a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino³²¹ e consignou expressamente, pela primeira vez, o direito à educação de qualidade.

³²⁰ Sobre o assunto, cf. comentários ao artigo 2º por IRINEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Anotada. 5ª. Edição, Coimbra,, 2015, pp. 477-481.

³²¹ Sobre a Convenção contra a Discriminação em Educação de 1960, KISHORE SINGH, *Universalizing Access to Basic Education: UNESCO's Normative Action*, Bélgica, 2003, pp. 10 e ss., considera que “The normative bases for universal access to education exist both in conventions, that is, hard law, and in recommendations and declarations, that is, soft law. Among UNESCO's normative instruments, the Convention against Discrimination in Education (1960) occupies the foremost place. It develops the fundamental principles of non-discrimination and equality of educational opportunities into international

Sem embargo, a Convenção, dentre outras hipóteses, considerou o termo *discriminação* como abrangente de qualquer iniciativa que terminasse por: a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino; b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo; e c) impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.

Segundo o artigo IV da Convenção, além de eliminar as formas de discriminação, os Estados Partes devem formular, desenvolver e aplicar uma política nacional que vise a promover a igualdade de oportunidade em matéria de ensino e, principalmente: "a) *tornar obrigatório e gratuito o ensino primário*; generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário sob suas diversas formas; tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais; assegurar a execução por todos da obrigação escolar prescrita em lei; b) assegurar em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que diz respeito à qualidade do ensino dado; c) encorajar e intensificar, por métodos apropriados, a educação de pessoas que não receberam instrução primária ou que não a terminaram e permitir que continuem seus estudos em função de suas aptidões; d) assegurar sem discriminação a preparação ao magistério”³²².

No movimento de especialização e diferenciação das normas internacionais que norteiam o conceito de proteção especial para a criança³²³, a partir da década de 60, constata-se que tanto a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959, quanto a Convenção contra a Discriminação na Escola, de 1960, *foi dada relevância ao princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos, que será afirmado expressamente no art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)*.

norms. The States Parties to this Convention undertake to formulate, develop and apply a national policy which, by methods appropriate to the circumstances and to national usage, will tend to promote equality of opportunity and of treatment in the matter of education”.

³²²Recentemente, a UNESCO reiterou a força normativa desta Convenção em garantir o direito à educação de qualidade, *The Right to Primary Education Free of Charge For All: ensuring compliance with international obligations*, Paris, 2008, p. 18, ao considerar que “The obligation to provide primary education free of charge is inextricably linked with the obligation to ensure quality education, as established by the Convention against Discrimination in Education”.

³²³ Cf. NINA RANIERI, *O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*, São Paulo, 2013, p. 61.

I.7.6. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

O *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, adotado pela Resolução nº 2.200-A, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, também dispôs, peremptoriamente, sobre o dever de instrução.

Consignou nos seus artigos 13 e 14 que:

“Artigo 13.

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) *A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos*; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não

receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a *respeitar a liberdade dos pais* e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, *sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado*, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado³²⁴.

³²⁴ No Comentário Geral nº 13 ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, propôs que o direito à educação deve ser composto por quatro elementos: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade, cujos termos seriam os seguintes: “(a) Disponibilidade – instituições e programas educacionais em funcionamento têm de ser disponíveis em quantidade suficiente no interior da jurisdição do estado parte. O que eles requerem para funcionar depende de inúmeros fatores, incluindo as condições de desenvolvimento dentro das quais operam; por exemplo, todas as instituições e programas necessitam de prédios ou outra forma de proteção dos elementos naturais, instalações sanitárias para ambos os sexos, água potável, professores treinados recebendo salários domesticamente competitivos, materiais de ensino e aprendizagem, e assim por diante; enquanto alguns ainda precisarão de mais instalações como biblioteca, salas de informática e tecnologia da informação; (b) Acessibilidade – instituições e programas educacionais devem ser acessíveis a todos, sem discriminação, dentro da jurisdição do Estado parte. Acessibilidade abrange três dimensões sobrepostas: (i) Não-discriminação – a educação deve ser acessível a todos, especialmente àqueles grupos mais vulneráveis, de direito e de fato, sem discriminação nas formas proibidas; (ii) Acessibilidade física – a educação deve poder ser alcançada de modo seguro, seja por frequência a locação razoavelmente conveniente do ponto de vista geográfico (por exemplo uma escola de vizinhança), seja através de tecnologias modernas (por exemplo a participação de programas de ensino à distância; (iii) Acessibilidade econômica – a educação deve estar ao alcance financeiro de todos. Esta dimensão da acessibilidade é sujeita a diferentes tratamentos pelo artigo 13 (2) conforme se trate de educação primária, secundária ou superior: enquanto a educação primária deve ser gratuita a todos, os

Artigo 14

Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a *obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária*, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do *princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos*”.

I.7.7. Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (1988)

O Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³²⁵), também denominado de Protocolo de San Salvador³²⁶, adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, em 17 de novembro de 1988, dispôs, em seu art. 13, 3 que: "Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) *O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente*; b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e,

Estados deverão progressivamente introduzir a educação secundária e superior gratuita; (c) *Aceitabilidade – a forma e a substância da educação, incluindo o currículo e métodos de ensino, têm de ser aceitáveis (ou seja, relevantes, culturalmente apropriadas e de boa qualidade) para estudantes e, nos casos apropriados, pais; isso está submetido aos objetivos da educação conforme estipulados pelo artigo 13 (1) e a padrões mínimos tais como estejam estipulados pelo Estado (artigo 13 (3) e (4))*; (d) *Adaptabilidade – a educação deve ser flexível de modo a poder adaptar-se às necessidades das sociedades e comunidades dinâmicas e a responder às necessidades dos estudantes quanto à diversidade de seu contexto sociais e cultural*”.

³²⁵ Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

³²⁶ O Protocolo foi promulgado pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995. O Brasil depositou a ratificação na ONU em 28 de agosto de 1996.

especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; *c)* O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; *d)* Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; *e)* Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental".

I.7.8. Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, em seu art. 28, dispõe que: "1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) *tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos*; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes tomam as medidas adequadas para velar por que a disciplina escolar seja assegurada de forma compatível com a dignidade humana da criança e nos termos da presente Convenção. 3. Os Estados Partes promovem e encorajam a cooperação internacional no domínio da educação, nomeadamente de forma a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e a facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos modernos métodos de ensino. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento".

I.7.9. Declaração Mundial de Educação para Todos (1990)

A Declaração Mundial de Educação para Todos, adotada na Conferência de Jomtien, na Tailândia, em 1990, já no preâmbulo estabeleceu que: “Admitindo que, em termos gerais, a educação que hoje é ministrada apresenta graves deficiências, que se faz necessário torná-la mais relevante e melhorar sua qualidade, e que ela deve estar universalmente disponível; Reconhecendo que uma educação básica adequada é fundamental para fortalecer os níveis superiores de educação e de ensino, a formação científica e tecnológica e, por conseguinte, para alcançar um desenvolvimento autônomo. No seu artigo 3, por sua vez, prescreve que “1. A educação básica deve ser proporcionada a todas as crianças, jovens e adultos. Para tanto, é necessário universalizá-la e melhorar sua qualidade, bem como tomar medidas efetivas para reduzir as desigualdades. 2. Para que a educação básica se torne equitativa, é mister oferecer a todas as crianças, jovens e adultos, a oportunidade de alcançar e manter um padrão mínimo de qualidade da aprendizagem”.

I.7.10. Declaração de Dakar (2000)

Na Cúpula de Chefes de Estado e de Governo convocada pelas Nações Unidas em 2000, reunidos em Dakar em Abril de 2000, os participantes da Cúpula Mundial de Educação, comprometeram-se a alcançar os objetivos e as metas de Educação Para Todos (EPT) para cada cidadão e cada sociedade, quais sejam: “i. expandir e melhorar o cuidado e a educação da criança pequena, especialmente para as crianças mais vulneráveis e em maior desvantagem; ii. assegurar que todas as crianças, com ênfase especial nas meninas e crianças em circunstâncias difíceis, tenham acesso à educação primária, obrigatória, gratuita e de boa qualidade até o ano 2015; iii. assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam atendidas pelo acesso equitativo à aprendizagem apropriada, à habilidades para a vida e à programas de formação para a cidadania; iv. alcançar uma melhoria de 50% nos níveis de

alfabetização de adultos até 2015, especialmente para as mulheres, e acesso equitativo à educação básica e continuada para todos os adultos; v. eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e o desempenho pleno e equitativo de meninas na educação básica de boa qualidade; vi. melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar excelência para todos, de forma a garantir a todos resultados reconhecidos e mensuráveis, especialmente na alfabetização, matemática e habilidades essenciais à vida”.

I.7.11. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)

Entre os deveres fundamentais preconizados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³²⁷ proclamada em 07 de dezembro de 2000, está o ensino obrigatório no seu artigo 14, sendo que no preâmbulo do texto o Parlamento Europeu consigna que o exercício das liberdades implica “responsabilidades e deveres, tanto para com as pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Ao tratar sobre o direito à educação no Artigo 14º estabelece que:

³²⁷ Faz-se oportuno registrar o tratamento que é dispensado ao ensino obrigatório nas Constituições dos Estados que integram a União Europeia: 1. Alemanha (artigo 7º fala sobre o ensino, mas não trata sobre sua obrigatoriedade); 2. Áustria (artigo 14º - escolaridade obrigatória por pelo menos nove anos); 3. Bélgica (artigo 24º - educação compulsória); 4. Bulgária (artigo 53º) - A frequência da escola até a idade de 16 será obrigatória; 5. Chipre (artigo 20º) – educação primária compulsória; 6. Croácia (artigo 66º) – educação compulsória; 7. Dinamarca (artigo 76º) – autoriza o ensino doméstico; 8. Eslováquia (artigo 42º) – frequência escolar obrigatória; 9. Eslovênia (artigo 57º) – educação primária obrigatória; 10. Espanha (artigo 27º) – ensino básico obrigatório; 11. Estônia (artigo 37º) - A educação é obrigatória para crianças em idade escolar para a medida especificada por lei, e devem estar livres de carga no estado e governo local de escolas de educação geral. 12. Finlândia (Seção 16) – deixou a matéria relativa ao dever de educar para o legislador; 13. França – não trata expressamente sobre ensino obrigatório; 14. Grécia (artigo 16) – escolaridade obrigatória por no mínimo 9 anos; 15. Hungria (artigo XI) – ensino primário obrigatório; 16. Irlanda (artigo 42) – dever dos pais em prover educação. 17. Itália (artigo 34) – ensino primário por pelo menos oito anos é compulsório; 18. Letônia (artigo 112) – educação primária compulsória; 19. Lituânia (artigo 41) – educação compulsória até os 16 anos; 20. Luxemburgo (artigo 23) – educação primária obrigatória; 21. Malta (artigo 10) – educação primária compulsória; 22. Países Baixos (artigo 23) – trata sobre ensino, mas não fala sobre sua obrigatoriedade; 23. Polônia (artigo 70) – ensino obrigatório até os 18 anos; 24. República Checa (artigo 33) – o ensino obrigatório é matéria reservada a lei; 25. Romênia (artigo 32) – trata que a educação é obrigatória, mas não delimita a fase; 26. Suécia (artigo) – educação básica obrigatória gratuita. Quanto aos países que integram o MERCOSUL: 1. Argentina (artigo 5º); 2. Paraguai (artigos 73º ao 85º) – ensino elementar obrigatório; 3. Uruguai (artigos 68º ao 71º) – ensino primário obrigatório; 4. Venezuela (artigos 102º e 103º) – ensino obrigatório do maternal ao ensino secundário.

1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.
2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.
3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.

I.8. Os deveres fundamentais e os tratados internacionais após a Emenda Constitucional nº 45/2004

Após a Emenda nº 45, de 8 de Dezembro de 2004, que introduziu, entre outros dispositivos, o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988³²⁸, passaram a existir duas categorias de tratados que versam sobre não só sobre os direitos, mas também sobre os deveres humanos, quais sejam: a) os tratados internacionais materialmente constitucionais, ou seja, aqueles que são apenas materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º da Carta Magna, e aqueles que são material e formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas constitucionais³²⁹.

Sem embargo, *o princípio da sujeição dos cidadãos à ordem constitucional* exige, por exceção, a cláusula de abertura de deveres fundamentais,³³⁰ para se evitar sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais, na medida em que a cada novo

³²⁸ “Art. 5º (...) § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

³²⁹ No abalizado escólio de FLÁVIA PIOVESAN, *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*, 2005, São Paulo, p. 73, a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados material e formalmente constitucionais decorre que somente os primeiros poderão ser denunciados, enquanto os últimos passam a integrar a própria Constituição.

³³⁰ Consigna o art. 2º da Constituição Italiana cláusula de abertura dos deveres fundamentais através de um cláusula de deverosidade social ao dispor que: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Nesse sentido também, a Constituição Espanhola de 1978 estabelece no seu art. 9º que: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a La Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

direito surgem novos deveres fundamentais³³¹. Não se pode aplicar, portanto, o novo § 3º do art. 5 da Constituição Federal de 1988 de forma literal³³², desconsiderando que novos deveres fundamentais venham a ser recepcionados pelo Brasil em tratados internacionais em que a República Brasileira seja parte para proteger os próprios direitos fundamentais.

De fato, para proteger o princípio da prevalência dos direitos humanos³³³, novos deveres fundamentais podem ser assumidos pelo Brasil e possuir *status* normativo supralegal, o que tornaria inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes³³⁴, até porque muitos deveres fundamentais são direitos-deveres, *id est*, direitos que implicam a necessidade do cumprimento de uma série de deveres pelos seus destinatários³³⁵.

³³¹ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 534, esclarece que, em princípio, não poderia ser admitida uma cláusula aberta para admissibilidade de deveres materialmente fundamentais, pois a CRP não forneceu qualquer abertura para a existência de deveres fundamentais extraconstitucionais. Entretanto, aponta o autor que podem ser admitidos deveres legais fundamentais, desde que observado o regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias.

³³² Leia-se direitos e deveres e não apenas “os direitos e garantias expressos neste Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

³³³ VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, *op. cit.*, pp. 19 e 20, defendem que “La adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado; que – asumiendo sus particularidades – muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política”.

³³⁴ No HC 90.172, cujo julgamento foi em 05 de junho de 2007, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, foi decidido que: “Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.”

³³⁵ A Convenção sobre a diversidade biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992, tendo sido aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2 de 3 de fevereiro de 1994, e, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, dispõe uma série de novos deveres assumidos pelo Estado Brasileiro para garantir às futuras gerações uma qualidade de vida pelo menos igual à que a atual geração desfruta, que integram a Constituição Brasileira do Meio Ambiente (art. 225).

I.8.1. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência (2006)

Em dezembro de 2006, foi aprovada pela ONU, a Convenção Internacional sobre os direitos da Pessoa com Deficiência, que o Brasil ratificou no dia 9 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo nº 186. Em face à Emenda nº 45, essa Convenção possui *status* de Emenda Constitucional e motivou o Congresso Nacional a aprovar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

O art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece que: “pessoa com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Fica cristalino, pois, a eficácia vertical da Convenção Internacional em relação à legislação interna brasileira, uma vez que após a recepção da Convenção Internacional pelo Congresso Nacional como Emenda Constitucional o arcabouço legislativo passou a adotar a expressão “pessoa com deficiência” e não mais “portador de deficiência”³³⁶, além de não mais haver eficácia da expressão constitucional preferencialmente na rede regular de ensino (artigo 208, III da CF/88), uma vez que as pessoas com deficiência deve ser garantido prestação educacional pela via regular, em instituições de ensino comuns e em igualdade de condições com as demais pessoas, verificando-se as necessidades particulares que a condição das pessoas com deficiência impõe.

De fato, além da vedação de discriminação – salário e critérios de admissão – que utiliza a expressão portador de deficiência no artigo 7º, XXXI³³⁷, o legislador

³³⁶ JULIANA IZAR SOARES DA FONSECA SEGALLA e TAÍS NADER MARTA, *Direito à educação inclusiva: um direito de todos*, 1ª. ed. São Paulo, 2013, pp. 56-57, entendem que “a deficiência não é algo que se carrega, não é um objeto que se porta durante certo tempo e depois de desfaz. A deficiência é parte constituinte da pessoa. Não há como a pessoa se desfazer dela por sua mera vontade, as pessoas com deficiência precisam apenas que sua dignidade seja respeitada, o que, infelizmente, apesar dos diversos preceitos legais assecuratórios, são comuns as afrontas ao princípio da dignidade. Assim, a pessoa não porta deficiência, ela a possui como integrante de sua identidade, de seu ser”.

³³⁷ “Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

constituente tratou de proteger as pessoas com deficiência³³⁸ no art. 7º, XXXI (art. 23, II (salvaguarda de direitos – saúde, assistência pública, proteção); art. 37, VII (reserva de percentual de cargos e empregos públicos); art. 203, V (salário mínimo); art. 208, III (educação especializada); art. 227, parágrafo 1º, II (criação de programas de integração para a PPD); artigos 227, parágrafo 2º e 244 (diretrizes de acessibilidade).

Deve-se observar que nem toda pessoa com deficiência³³⁹ poderá manifestar uma necessidade especial, mas nem toda pessoa com necessidade especial possui uma deficiência.

Em 06 de julho de 2015, foi publicada a Lei n. 13.146, qual seja o Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁴⁰, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. A lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência³⁴¹ e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3o do art. 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

³³⁸ Nesse sentido, LAURO LUIZ GOMES, *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*, São Paulo, 2009, p. 9, ensina que a CF/88, no art. 227, parágrafo único, inciso II, destacou três classes de deficiência: a física, a sensorial e mental, e seja qual for a deficiência, esta será congênita ou adquirida, comportando diferentes graus. P. 56.

³³⁹ Segundo o IBGE, no Brasil, em 2000, quando pela primeira vez foi incluída a pessoa com deficiência em seus questionários, cerca de 14,5% da população apresentava alguma deficiência. Em 2010, o censo do IBGE indicou a existência de 23,9% da população.

³⁴⁰ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

³⁴¹ LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, 2ª. ed., Brasília, DF: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), 1997, p. 20, defende que: “o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência”.

Sem embargo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência visa minimizar os efeitos da exclusão educacional³⁴², que é a marginalização como subintegração. Trata-se aqui da discriminação parcial de parcelas consideráveis da população, vinculada preponderantemente a determinadas áreas; permite-se a essas parcelas da população a presença física no território nacional, embora elas sejam excluídas tendencial e difusamente dos sistemas prestacionais econômicos, jurídicos, políticos, médicos e dos sistemas de treinamento e educação³⁴³, observando-se que a pessoa com deficiência não é sujeito apenas de direitos, mas também deveres³⁴⁴ entre eles, o dever de instrução obrigatória (artigo 24, n° 2)³⁴⁵.

I.8.2. Constitucionalismo sem Estado e o ensino obrigatório à luz do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade

O fim do monopólio do Estado nacional na produção jurídica, que agora divide esta primazia com atores que atuam para além da fronteira³⁴⁶, não significa a imposição de um ordenamento para outro; não traduz-se na submissão irrestrita e acrítica da legislação internacional para os ordenamentos nacionais. Existe, em verdade,

³⁴² O Estatuto da Pessoa com Deficiência preconiza no artigo 27 que: a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

³⁴³ Cf. FRIEDRICH MÜLLER, na obra *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 3ª. Edição, São Paulo, 2003, p. 91.

³⁴⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimimento – a visão do Jurista*, 2010, p. 465-480.

³⁴⁵ “Artigo 24. Educação

(...)

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do *ensino primário gratuito e compulsório* ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

³⁴⁶ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, In *O Estado de Direito – História, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

um diálogo constitucional entre os ordenamentos para a melhor proteção dos direitos fundamentais através dos deveres fundamentais.

De fato, a crise do Estado Constitucional de direito decorre do fim do Estado nacional como monopólio exclusivo da produção jurídica³⁴⁷, que se deslocou em grande parte para fora das suas fronteiras, e por isso da crise da unidade e da coerência do sistema das fontes, bem como do papel de garantia das constituições estatais³⁴⁸, em face à crise do princípio de estrita legalidade produzida pelas perdas de soberania dos Estados, pelo deslocamento das fontes para fora das suas fronteiras e pelo decorrente enfraquecimento do papel garantista das constituições nacionais.

Daí que em muitas hipóteses o direito interno seja modificado para se adequar aos parâmetros legislativos internacionais, pondo em prática o “transnacionalismo jurídico”³⁴⁹, mas, em outros casos, a legislação interna se revela mais protetiva ao *Estado de Direitos Fundamentais através dos Deveres Fundamentais* e por isso deve prevalecer no confronto com a legislação internacional, sob pena de se impor retrocesso no grau de proteção aos direitos fundamentais.

Além disso, verificando-se o maior grau de proteção pela legislação estatal, esta deverá *influenciar* a legislação internacional, a qual deverá avançar a ponto de acompanhar o ordenamento interno.

Desse modo, se estabelece entre os tribunais e as respectivas ordens normativas um diálogo plural, de aprendizado constitucional entre os sistemas; não

³⁴⁷ Nesse sentido LUIGI FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, São Paulo, 2006, p. 449, elucida que o “Declínio dos Estados nacionais, perda do papel normativo do direito, multiplicação e confusão das fontes, inutilização do princípio de legalidade, tanto formal como substancial, e crise da política e da sua capacidade projetual, estão, portanto, minando o Estado de Direito em seus dois paradigmas, a saber: o paradigma legislativo e o constitucional. Não é possível prever o resultado dessa crise: se será uma crise destrutiva, sob a égide do primado da lei do mais forte ou, ao contrário, uma crise de transição para um terceiro modelo ampliado de Estado de Direito. Sabemos apenas que tal resultado irá depender, ainda uma vez, do papel que a razão jurídica e política será capaz de desempenhar. A transição para um fortalecimento, em vez de uma dissolução do Estado de Direito, dependerá da refundação da legalidade – ordinária e constitucional, estatal e supra-estatal – à altura dos desafios a ele dirigidos pelos dois aspectos da crise acima mencionados”.

³⁴⁸ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, In *O Estado de Direito – História, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 442.

³⁴⁹ MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 118, ensina que o “transnacionalismo jurídico” pode ser entendido como incorporação de um ordenamento para outro, como ocorre com a reprodução de declarações internacionais pelas constituições e legislação infraconstitucional.

sendo suficiente apenas estruturar uma sistemática de simples “importação” de soluções.

Neste “constitucionalismo sem Estado”³⁵⁰, em que o Estado constitucional de Direito encontra-se ameaçado pelo enfraquecimento da soberania e fortalecimento dos atores supranacionais, propõem-se modelos em que se estabeleça um diálogo entre os diversos ordenamentos, com o intuito de se estabelecer opções legislativas e decisões judiciais capazes de responder adequadamente à proteção do Estado de Direitos Fundamentais³⁵¹.

Neste ponto, é significativo perceber que a Corte Constitucional da Alemanha decidiu, no Caso Solange II, de 22.10.1986, que os efeitos da legislação comunitária no ordenamento interno alemão encontrariam limite apenas no nível de proteção aos direitos fundamentais implementados pela constituição nacional. Mesmo no Continente Europeu, onde o processo de integração se faz sentir em estágio mais avançado, a ordem supranacional não pode desprezar o grau de proteção aos direitos fundamentais já conquistados pelo ordenamento interno e contra isso se insurgem as cortes nacionais, mesmo que cooperem com a integração em outros aspectos.

Anos antes, em 29 de maio de 1974, no caso Solange I, já havia decidido que enquanto o processo de integração da comunidade europeia não estiver envolvido de maneira tão ampla que o direito comunitário contenha um catálogo de direitos fundamentais adequado ao conjunto de direitos fundamentais da Lei Fundamental, caberá o processo de verificação da constitucionalidade das disposições do direito comunitário sempre que colidir com os direitos fundamentais consagrados na constituição alemã³⁵².

³⁵⁰ Sobre o constitucionalismo sem Estado, LUIGI FERRAJOLI, *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, In *O Estado de Direito – História, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (orgs.), São Paulo, 2006, afirma que esse desafio “impõe um repensamento do constitucionalismo e do garantismo, isto é, dos lugares, das formas e do grau de rigidez com que as constituições podem condicionar a legislação, vinculando-a à garantia dos direitos fundamentais e dos princípios de igualdade e de justiça nelas estabelecidos. Esse lugares, como vimos, não são mais apenas estatais, mas, enfim, supra-estatais, e estão hoje ocupados, em nível europeu e mundial, por organismos que decidem de fato sem responsabilidade política e com incertos vínculos constitucionais. Disso resultam enfraquecidos, como vimos, as duas dimensões da democracia constitucional: a dimensão formal da democracia política, pelo caráter não representativo de organismos dotados de crescentes poderes decisórios, e a dimensão substancial do Estado constitucional de Direito, pela não-sujeição à lei e pela ausência de controles seguros de constitucionalidade sobre as suas decisões.

³⁵¹ Por todos, cf. a obra de MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009.

³⁵² Cf. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 156.

Por isso a ordem supranacional deve sempre estar preparada para flexibilizar seus níveis de proteção aos direitos fundamentais, no intuito de se adequar às decisões internas legitimamente admissíveis, sobretudo quando tais padrões internos representem níveis mais elevados em relação ao sistema regional.

A solução para esta *sobreposição* de ordenamentos passa pela rejeição de qualquer forma de imposição de uma ordem para outra, devendo prevalecer os direitos fundamentais, a ponto de o artigo 53 da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelecer que “nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidas de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte”³⁵³.

³⁵³ MARIANA CANOTILHO, *O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais*, p. 113 e ss., se posiciona entre aqueles que creem na existência do *princípio do nível mais elevado de proteção* dos direitos fundamentais, afirmando que o *princípio existe*, e vinculará juridicamente, quer as instituições, órgãos e organismos da UE, quer os Estados-Membros”. Para a autora, o *princípio* tem aplicabilidade prática enquanto (i) princípio interpretativo, (ii) critério de resolução de conflitos de eficácia de normas concorrentes e (iii) efetiva possibilidade de utilização da ideia de *standard* na resolução de casos de direitos fundamentais. Enquanto níveis de proteção distinta no mosaico europeu, esta norma estabelece que, em matéria de direitos fundamentais, a CEDH define um *standard mínimo* que não pode ser violado, “assim, sempre que as normas nacionais se revelem mais protectoras de um determinado direito dos indivíduos, deverão prevalecer sobre as internacionais” (p. 207). Com isso, a autora admite a possibilidade “de comparar os *standards* ou níveis e protecção de um determinado direito consagrados em normas provenientes de ordenamentos jurídicos diversos e a sua classificação em termos de mais/menos, superior/inferior” (p. 239). Convém lembrar que na experiência latino-americana a existência de semelhante solução tem despontado, ora como regra de hermenêutica no julgamento dos Tribunais, ora nas disposições expressas dos tratados editados no continente. No julgamento conjunto dos REs nº 466.343 e nº 349.703 e os HCs nº 87.585 e nº 92.566, o então ministro Joaquim Barbosa (Supremo Tribunal Federal) manifestou a opinião de que “a primazia conferida em nosso sistema constitucional à protecção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo” (trata-se do famoso julgamento sobre a validade da prisão civil do depositário infiel, finalizado em 03.12.2008). A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, por sua vez, também apresenta semelhante regra (art. 29) a respeito do padrão mínimo de protecção dos direitos fundamentais no sistema interamericano: “Artigo 29 - Normas de interpretação Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. No julgamento do HC nº 96.772, ocorrido em 09.06.2009, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal avançou a ponto de reconhecer, na ementa do acórdão, que “os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla protecção jurídica”. No caso *Almonacid Arellano e outros*

Nesse sentido, na construção de um “transconstitucionalismo pluridimensional”, MARCELO NEVES conseguiu prever situações em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos a ser invocada pode apresentar-se como uma restrição a direitos fundamentais da Constituição Estatal, podendo ser utilizado também para o sucesso no caso de colisão também entre deveres fundamentais³⁵⁴.

Por outro lado, PAULO RANGEL³⁵⁵, ao não concordar com a ideia de superação da Constituição³⁵⁶ de MARCELO NEVES, na perspectiva de um direito constitucional para um direito transconstitucional, acaba por defender a *teoria da interconstitucionalidade* que visa a “renovação do conceito de constituição, de o desligar da referência exclusiva ao modo político estadual e de o abrir ao ‘mundo-da-vida’ pós-vestefaliano”³⁵⁷.

Para PAULO RANGEL, a ideia de *transconstitucionalidade* corresponde mais a uma *narrativa de enquadramento* dos novos problemas que se oferecem ao direito constitucional e à teoria da constituição do que a busca de ‘perspectiva de solução’, num conceito historicamente situado de constituição”. Já a teoria da interconstitucionalidade teria uma *vantagem dogmática assinalável*³⁵⁸, pois tem como finalidade forçar uma renovação do conceito de constituição, de o desligar da referência exclusiva ao modo político estadual e de o abrir ao “mundo-da-vida” pós-vestefaliano.

vs. *Chile* (Sentença de 26 de Setembro de 2006), situado como paradigma desta metodologia de verificação da validade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sublinhou a necessidade de que as normas internas do Estado se amoldem às obrigações assumidas perante a comunidade internacional. Obrigação esta que se encontra prevista no próprio art. 2.º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

³⁵⁴ Cf. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, 2009, p. 156.

³⁵⁵ PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, in *Tribunal Constitucional: 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012, pp. 151-174

³⁵⁶ PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, Coimbra, 2012, p. 162, aponta que: “A grande divergência entre nós é a seguinte: o Estado deixou de ser o *locus* ou a instância de resolução, mas a constituição não! Marcelo Neves aponta tendencialmente para uma dinâmica constitucional que (já) transcende, ultrapassa e supera as constituições e que terá de ser objeto de um direito de outro alçado e cepa: o direito transconstitucional. Do meu ponto de vista, isso tem de ser assim porque Marcelo Neves arranca de um conceito insuficiente e inadequado, historicamente datado, de constituição, que postula e pressupõe a referência estatal. Mas se renovar o conceito de constituição, esta e o seu direito – o direito constitucional – disporão de capacidade, aptidão e, mais importante, legitimidade para se converter na instância de solução dos novos problemas”.

³⁵⁷ PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, Coimbra, 2012, p. 156.

³⁵⁸ PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, Coimbra, 2012, p. 157.

Através da teoria da interconstitucionalidade, PAULO RANGEL faz a defesa de uma renovação³⁵⁹ da teoria da constituição³⁶⁰, a partir de “um conceito adequado (ou ‘interconstitucionalmente’ adequado) de constituição, o direito constitucional não tem de ceder o passo ao “direito transconstitucional” O ‘passe’ ou ‘passo’ de mágica está, ao que creio, em aceitar que a constituição tem hoje como referente fundamental a comunidade política e não já, como parece pressupor a corrente transconstitucionalista, o Estado. E, por isso, a constituição não está presa ao monolitismo territorial e populacional próprio do Estado moderno; pelo contrário, está geneticamente aberta ao pulsar da sociedade, à dinâmica das suas forças e à ‘desterritorialização’ e ‘transterritorialização’”³⁶¹. Ou seja, “(...) constituição será o ‘estatuto jurídico fundamental da comunidade política’ – sublinha-se, pois isso é decisivo da ‘comunidade política’, já não e não mais do Estado”³⁶².

Nesse sentido, diante desse Constitucionalismo sem Estado³⁶³, seja adotando a teoria do transconstitucionalismo de MARCELO NEVES, seja adotando a teoria da interconstitucionalidade de PAULO RANGEL, as normas constitucionais internas que sejam mais protetivas aos direitos fundamentais através dos deveres fundamentais podem servir de empréstimos para outros sistemas constitucionais.

³⁵⁹ PAULO RANGEL, *op. cit.*, p. 449: “Declínio dos Estados nacionais, perda do papel normativo do direito, multiplicação e confusão das fontes, inutilização do princípio de legalidade, tanto formal como substancial, e crise da política e da sua capacidade projetual, estão, portanto, minando o Estado de Direito em seus dois paradigmas, a saber: o paradigma legislativo e o constitucional. Não é possível prever o resultado dessa crise: se será uma crise destrutiva, sob a égide do primado da lei do mais forte ou, ao contrário, uma crise de transição para um terceiro modelo ampliado de Estado de Direito. Sabemos apenas que tal resultado irá depender, ainda uma vez, do papel que a razão jurídica e política será capaz de desempenhar. A transição para um fortalecimento, em vez de uma dissolução do Estado de Direito, dependerá da refundação da legalidade – ordinária e constitucional, estatal e supra-estatal – à altura dos desafios a ele dirigidos pelos dois aspectos da crise acima mencionados”.

³⁶⁰ PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, Coimbra, 2012, p. 159.

³⁶¹ PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, Coimbra, 2012, pp. 157-158.

³⁶² PAULO RANGEL, *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, Coimbra, 2012, p. 165.

³⁶³ Nesse linha, é a ideia de FERRAJOLI, *op. cit.*, pp.454-455, para quem “temos de tomar consciência, diante da crise do Estado nacional e do constitucionalismo estatal, que a única alternativa ao declínio do Estado de Direito e às novas formas de absolutismo do mercado e da política é um constitucionalismo sem Estado, à altura dos novos lugares nos quais o poder e as decisões estão deslocados. Se é verdade que as constituições estatais hodiernas não são mais suficientes no seu papel de garantia, não adianta deter-se na defesa de uma soberania dos Estados e de uma autonomia dos seus ordenamentos já declinados, mas é preciso empenhar-se, de um lado, para o desenvolvimento de um constitucionalismo europeu e, de outro, de um constitucionalismo internacional, capazes de limitar o absolutismo dos novos poderes”.

I.9 Perspectiva contemporânea - Deveres Fundamentais no Estado Constitucional Democrático e escolaridade obrigatória

I.9.1. Redimensionamento dos deveres fundamentais no mal-estar social

Sucedo, pois, que a atual crise do Estado de bem-estar social³⁶⁴, o denominado período do mal-estar do Estado ou Estado de mal-estar³⁶⁵, em decorrência os elevados custos financeiros envolvidos pelo Estado na implementação das tarefas de bem-estar³⁶⁶, vem implicando o surgimento do Estado regulador, que cria cada vez mais deveres para os seus cidadãos, na medida em que não pode suportar todos os direitos que lhes prometera.

Assume relevo, pois, a necessidade de revisitarmos o tema dos deveres fundamentais, pois o *Estado de Direitos Fundamentais* é o Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos³⁶⁷.

De fato, a banalização de direitos fundamentais acarreta a banalização de deveres, pois a criação de novos direitos resulta na restrição horizontal daqueles já existentes. Vale dizer, a criação de mais direitos, acaba sufocando os direitos já existentes, levando o Estado a restringir a liberdade do cidadão.

³⁶⁴ Sobre o papel do Tribunal Constitucional em tempos de crise, Cf. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (organizadores). *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*, Coimbra, 2014; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, 2012 e *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*, Coimbra, 2014.

³⁶⁵ Para JOSÉ LUIS BOLZAN MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*, Porto Alegre, 2011. p. 18, a crise do Estado passa por quatro vertentes: i) crise conceitual, em particular a ideia de soberania; ii) crise quanto à materialização, em face à crise do Estado do Bem-Estar Social; iii) crise quanto à racionalização do poder, ou seja, crise do Estado Constitucional; iv) crise da separação funcional do poder estatal – especialização das funções.

³⁶⁶ Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 467.

³⁶⁷ Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 539. Nesse mesmo sentido CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 315.

Daí que, num Estado de Direitos Fundamentais³⁶⁸, tão relevante quanto a criação de novas vias processuais para proteger a efetividade dos direitos, assume relevo estudar os seus pressupostos de existência³⁶⁹, que são os deveres³⁷⁰, razão pela qual o direito constitucional contemporâneo encontra-se num período de redimensionamento dos deveres fundamentais, em face a frustração da eficácia³⁷¹ dos direitos fundamentais que apesar de proclamados, positivados e jurisdicionalizados, não vêm sendo minimamente concretizados junto à sociedade.

Infelizmente, NORBERTO BOBBIO (1909-2004) não teve tempo para escrever a *Era dos Deveres*³⁷², que seria um tratado para assegurar a efetividade³⁷³ dos direitos fundamentais³⁷⁴, na sequência da *Era dos Direitos*.

Para este eminente juspolítico³⁷⁵, a crise da efetivação dos direitos do homem, nomeadamente, os sociais, não passa pela crise de sua fundamentação, de ordem filosófica, haja vista que não adianta apenas que o seu titular esteja convencido da necessidade de sua realização como uma meta desejável, o que ocasiona sua

³⁶⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 150, ensina que um dos efeitos da desintegração social traduz-se na invocação direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres, pois os titulares dos direitos pretendem participar e explorar o Estado sem o servir.

³⁶⁹ BARBAS HOMEM, *História do Pensamento...*, p. 58, os fenômenos de que se ocupa a história do pensamento político devem ser interpretados como único e complexo, não como manifestações de uma regularidade pré-fixada.

³⁷⁰ Nesse sentido, CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., p. 103, aponta que o indivíduo não pode ceder a sua liberdade a troco de benesses e prendas sociais – “nem o Estado pode *comprar* os cidadãos a expensas de parcelas da sua autoridade (democrática), nem estes podem *comprar* aquele abrindo mão da sua liberdade (jufundamental)”.

³⁷¹ A crise da eficácia social dos deveres já era observada por CÍCERO, no Livro I, XVIII, apontava que “para bem atender deveres e suas regras, nada mais importante e mais difícil que o seu exercício”.

³⁷² NORBERTO BOBBIO faleceu em 2004 e em entrevista concedida a MAURIZIO VIROLI, em dezembro de 2000, que se transformou no livro *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*, Rio de Janeiro, 2007, p. 42, revelara que “Se eu ainda tivesse alguns anos de vida, coisa que não terei, estaria tentando escrever “A era dos deveres”.

³⁷³ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Direito...*, cit., p. 84, sintetiza a efetividade como a realização do direito, do desempenho concreto de sua função social, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. A efetividade da norma corresponde, portanto, ao seu cumprimento por parte de uma sociedade, ao reconhecimento do Direito pela comunidade.

³⁷⁴ NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, 1992, p. 23-24, já demonstrava sua insatisfação quanto à inflação de direitos sem garantias, quando ressalta que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

³⁷⁵ Para NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 10, uma coisa é a proclamação dos direitos, outra é a possibilidade de desfrutá-los, na medida em que a linguagem dos direitos tem, indubitavelmente, a função prática de emprestar força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais, mas se torna enganadora se ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

inexequibilidade. Trata-se, em verdade, de um problema político, acompanhado do estudo das condições, dos meios e das situações nas quais ele possa ser realizado.

Em *Direitos e Deveres na República*, BOBBIO³⁷⁶ explica a MAURIZIO VIROLI a importância dos deveres nas seguintes linhas: “não existem direitos sem deveres correspondentes. Portanto, para que a Declaração dos Direitos do Homem não seja, como disseram tantas vezes, um elenco de desejos pios, deve existir uma correspondente declaração dos deveres e das responsabilidades daqueles que fazem valer esses direitos”. Para BOBBIO, o primeiro dever dos governantes é o “senso do Estado, ou seja, o dever de buscar o bem comum e não o bem particular ou individual”.

NORBERTO BOBBIO defende que o senso de dever, ou seja, o dever de cumprir com os deveres nasce com a educação³⁷⁷, pois é através da educação que são reconhecidos os deveres dos cidadãos para que venham a ser protegidos os direitos, dentre eles o direito ao voto, sendo que na sua definição mínima de democracia³⁷⁸, é necessário que os cidadãos eleitores sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condições de poder fazer as opções, no exercício dos seus direitos de liberdade em sentido amplo.

³⁷⁶ NORBERTO BOBBIO, *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, Rio de Janeiro, 2000, p. 477, ensina que para que “pudesse acontecer a passagem do código dos deveres para o código dos direitos, foi preciso que a moeda se invertesse: que o problema começasse a ser observado não mais apenas do ponto de vista da sociedade, mas também do ponto de vista do indivíduo”.

³⁷⁷ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Direitos e Deveres da República: os grandes temas da política e da cidadania*, Rio de Janeiro, 2007, p. 51.

³⁷⁸ Sobre a definição mínima de democracia, cf. NORBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia*, São Paulo, 2000, p. 32.

Capítulo II – A evolução do ensino obrigatório nas Constituições Brasileiras e Lusitanas

A introdução do *ensino obrigatório* como dever fundamental nas Constituições Brasileiras é bastante recente, sendo que a história do ensino no Brasil está intrinsecamente ligada à evolução da consolidação do Estado Constitucional Democrático pátrio, confirmando o espírito do legislador constituinte em amalgamar uma Constituição Cidadã através de uma Constituição da Educação.

O direito à educação esteve presente em todas as Constituições Brasileiras, mas o ensino obrigatório só será preconizado expressamente na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934³⁷⁹, embora diversas leis provinciais, na década de 30 do século XIX, tornavam obrigatória a frequência da população livre à escola³⁸⁰.

Observa-se que do início do século XIX aos dias atuais, houve um significativo alargamento do lapso temporal correspondente à escolaridade obrigatória nas Constituições e legislação infraconstitucional de vários países³⁸¹, numa nítida exigência por parte do Estado de um cidadão mais preparado ao exercício da cidadania.

Sucedee, pois, que o reconhecimento da educação escolar obrigatória, nas Constituições Brasileiras, é fruto da evolução da proteção e manutenção do ensino público, ficando nítido que a construção do Estado nacional brasileiro dependeria da instrução do seu povo.

³⁷⁹ Estabeleceu o art. 150, parágrafo único, alínea “a”, da Constituição Brasileira de 1934: “ensino primário integral e gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos”.

³⁸⁰ Cf. LUCIANO MENDES DE FARIA FILHO, *Instrução elementar no século XIX*, Belo Horizonte, Autêntica, 2011. p. 135.

³⁸¹ Houve alargamento do ensino obrigatório: a LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 4.024 de 1961 estabelecia em seus arts. 23 e 24 que as crianças com idade inferior a 07 anos receberiam educação em escolas maternas ou jardins de infância, estimulando-se as empresas a manter instituições do gênero para os filhos de suas trabalhadoras. Já a LDB – Lei nº 5.692 de 1971 implanta o 1º grau, etapa considerada obrigatória, com oito anos de duração. Atualmente, partir da EC nº 59, de 11 de novembro de 2009, o art. 208, I da CF/88 estabelece o ensino básico obrigatório dos 4 aos 17 anos.

II.1. O ensino no Brasil antes da Independência

A evolução histórica do ensino nas escolas públicas brasileiras³⁸², antes da sua independência da Metrópole lusitana em 1822, dividiu-se, basicamente, em três períodos, quais sejam:

i) o período jesuítico (1549-1759);

ii) o período pombalino (1759-1808);

iii) o período joanino (1808-1822).

II.1.1. O período jesuítico (1549-1759)

É assim denominado o primeiro período da educação brasileira³⁸³, uma vez que o ensino ficava ao encargo da Companhia de Jesus³⁸⁴, instituição religiosa que ministrava o ensino elementar, nas chamadas “escolas de ler, escrever e contar”. Nesse período, o ensino destinava-se primordialmente aos filhos da classe dominante, representados pelos donos da terra em geral, mas incluía também os índios, dentro dos objetivos práticos da ação missionária dos jesuítas no Novo Mundo, no sentido de recrutamento de fiéis e servidores³⁸⁵. Excluídos da educação, estavam os escravos, a população desprovida de posses³⁸⁶ e as mulheres³⁸⁷.

³⁸² Sobre a evolução histórica do ensino fundamental antes da independência, cf. CARLOS RÁTIS, *Habeas Educationem: em busca da proteção judicial ao ensino fundamental de qualidade*, Salvador, 2008; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito Educacional: Educação Básica e Federalismo*. São Paulo, 2009, pp. 185-188.

³⁸³ LUIS FERNANDO CONDE SANGENIS, *Franciscanos na educação brasileira*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 98 a 105, atesta que a História da Educação Brasileira não foi iniciada pelo grupo constituído por quatro padres e dois irmãos chefiados por Manoel da Nóbrega, em 1549, mas dos franciscanos, Frei Bernardo de Armenta e Frei Alonso Lebron, em Mbyacá, Santa Catarina, quando fundaram a primeira escola brasileira, em 1538, que estavam a serviço da Coroa Espanhola, razão pela qual sua ação missionária não foi considerada pertencente ao ciclo lusitano-brasílico. A escassez dos documentos registrados pelos franciscanos seria a principal razão dos historiadores quase não mencionarem seu relevante papel educacional, diferentemente da grande profusão de Cartas Anuas, que divulgavam, invariavelmente, os aspectos bem sucedidos e virtuosos pela Companhia de Jesus.

³⁸⁴ Informa RÔMULO CARVALHO, *História do Ensino em Portugal: desde a fundação da nacionalidade até o fim do Regime de Salazar-Caetano*, Lisboa, 2001, pp. 281 e ss., que o criador da Companhia de Jesus foi Inácio de Loyola, cujo pensamento se alastrou por todo o território lusitano no século XVI, possuindo a ordem jesuítica já colégios em Coimbra, Lisboa, Évora, Porto, Braga, Bragança, Angra e Funchal.

³⁸⁵ Para MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA, *A educação da mulher e da criança no Brasil Colônia*, Rio de Janeiro, 2005, p. 131, os colégios jesuítas visavam dois objetivos principais: ensinar a ler e

Não havia obrigatoriedade de ensino neste período. O período jesuítico foi dividido, nitidamente, por sua vez, em duas fases, quais sejam: o período heróico³⁸⁸ e o período do *Ratio Studiorum*.

II.1.1.1. O período heróico (1549-1570)

II.1.1.2. O período do *Ratio Studiorum* (1570-1759)

O segundo período jesuítico, por sua vez, foi marcado pela organização e consolidação da educação pela Companhia de Jesus através do plano contido no *Ratio Studiorum*³⁸⁹, que predominou durante dois séculos, quando ocorreu a expulsão dos jesuítas de Portugal e de suas colônias por ato do Marquês de Pombal, então Primeiro-Ministro do Rei D. José I.

Impende ressaltar que o ideal pedagógico contido no *Ratio* era de caráter universalista e elitista. Universalista porque se tratava de um plano adotado, indistintamente, por todos os jesuítas, qualquer que fosse o lugar onde estivessem. Elitista porque acabou se destinando aos filhos dos colonos e excluindo os indígenas³⁹⁰,

escrever aos pequenos índios isolados de suas famílias e arrancados à cultura indígena e formar os quadros para a própria Companhia de Jesus do Brasil.

³⁸⁶ O analfabetismo colonial foi motivado pela exploração ao trabalho infantil. Ensina MARIA BEATRIZ NIZZA DA SILVA, *op. cit.*, p. 139, que para analisar como se deu a educação infantil no Brasil colonial, deve se partir da concepção de quem era considerada criança à época, que se limitava então aos 7 (sete) anos o período da infância, haja vista que a “grande divisão etária era a seguinte: do nascimento até aos 3 anos, temos o período de criação em que a criança era alimentada com leite humano, da mãe ou da ama, se a condição da mãe assim o exigisse; dos 4 aos 7 anos decorre uma segunda fase em que a criança acompanha a vida dos adultos, sem nada lhe ser exigido em troca, nem trabalho, nem estudo, nem cumprimento dos deveres religiosos. A partir dos 7 anos, os filhos de plebeus, ou mecânicos, iam geralmente aprender um ofício com um artesão, ficando mesmo a morar em casa do mestre como seus aprendizes. Os filhos de lavradores com poucos escravos começavam a ajudar nas fainas agrícolas. Os tropeiros levavam os filhos com as tropas. Os mercadores punham-nos nas suas lojas ou armazéns e os grandes negociantes começavam a treiná-los para caixeiros depois de os fazerem passar pelo aprendizado das primeiras letras. Só aqueles que pretendiam dar aos filhos a possibilidade de uma carreira no serviço da coroa é que se preocupavam com o ensino formal”.

³⁸⁷ Cf. TEREZA FACHADA LEVY CARDOSO, *As aulas régias no Brasil*, Rio de Janeiro, 2005, p. 179.

³⁸⁸ Cf. DERMEVAL SAVIANI, *Educação e Colonização: as ideias pedagógicas no Brasil*, 2005, pp. 121 a 126.

³⁸⁹ Ensina ANTÔNIO GOMES FERREIRA, *A educação no Portugal Barroco: Séculos XVI a XVIII*, Rio de Janeiro, 2005, p. 60, que o conteúdo do ensino da Companhia de Jesus era ministrado através de métodos previstos no *Ratio Studiorum*, que consistia num misto de Código, Programa e Lei Orgânica aplicados nos colégios e nas Universidades jesuíticas.

³⁹⁰ Para MARIA CRISTINA DOS SANTOS CRUANHES, *Cidadania: Educação e Exclusão Social*, Porto Alegre, 2000, p. 16 a 18, a partir do descobrimento, com a vinda dos jesuítas, criou-se um sistema educacional excludente no Brasil, que nunca educou equitativamente a todos, com os mesmos saberes.

com o que os colégios jesuítas se converteram no instrumento de formação da elite colonial, suprimindo os estágios iniciais previstos no plano educacional de Manoel da Nóbrega³⁹¹.

II.1.2. O período pombalino (1759 a 1808)

Pelo Alvará de 28 de Junho de 1759, o Estado lusitano instituiu um sistema de ensino laico através de *Aulas Régias*, embora a religião católica continuasse obrigatoriamente presente, assumindo pela primeira vez a responsabilidade direta pela educação³⁹², rompendo com o pensamento escolástico de uma tradição de dois séculos pelos jesuítas³⁹³.

Com efeito, as reformas pombalinas da instrução pública se contrapõem às ideias religiosas na versão dos jesuítas, visando inserir Portugal ao contexto histórico caracterizado pelo Iluminismo, entendendo que o objeto da educação seria o de preparar súditos capazes de identificar e reconhecer como legítimos as leis e os costumes do Estado lusitano³⁹⁴. Vale dizer, buscou a Metrópole lusitana, através da educação, conformar a ordem política, adequando cada um ao lugar que lhe fora reservado por sua origem de classe, não se confundindo a educação pública, naquele contexto histórico-político-econômico, como instrumento de democratização de oportunidades sociais³⁹⁵.

Desde então, o acesso ao ensino de qualidade foi privilégio de uma elite pensante, que se reproduziu ao longo do tempo, iniciando o distanciamento cultural referente às posições ocupadas no conjunto da sociedade.

³⁹¹ Cf. DERMEVAL SAVIANI, *op. cit.*, p. 127.

³⁹² TEREZA FACHADA LEVY CARDOSO, *op. cit.*, p. 181, destaca o pioneirismo de Portugal em relação aos países do Ocidente, na implantação de um sistema escolar estatizado, verificando-se que as reformas da educação promovidas na Europa no sentido de instituírem a escola pública ocorreram na Prússia em 1763, na Saxônia, na Polônia e na Rússia em 1773 e na Áustria, em 1774.

³⁹³ Informa ARNO WEHLING, *A incorporação do Brasil ao mundo moderno*, Rio de Janeiro, 2005, p. 179, que a consequência imediata para a colônia foi o fechamento dos colégios jesuítas e a transferência do controle de suas missões a professores contratados de diferentes disciplinas pelo Estado Português para proferirem as aulas régias.

³⁹⁴ Cf. CARLOTA BOTO, *Iluminismo e educação em Portugal: o legado do século XVIII ao XIX*, Rio de Janeiro, 2005, p. 162.

³⁹⁵ A educação era destinada a uma parcela privilegiada da população, que postulava, portanto, a restrição do ensino a algumas camadas da sociedade, na medida em que o afastamento das populações dos trabalhos manuais prejudicaria o equilíbrio econômico necessário à organização da sociedade, reconhecendo, portanto, o potencial transformador contido no esquadro da cultura das letras. Para FERNANDO SAVATER, *O valor de educar*, Lisboa, 1997, p. 30, a verdadeira educação não só consiste em ensinar a pensar, mas também em aprender a pensar sobre o que se pensa e este momento reflexivo –

As origens do que venha a ser compreendido, atualmente, como ensino básico³⁹⁶ remontam, nomeadamente, às duas Reformas Pombalinas, quando se efetivaram a implantação de um novo sistema escolar, o sistema das Aulas Régias.

II.1.2.1. A primeira Reforma Pombalina (1759 a 1772)

Iniciada com o Alvará de 28 de junho de 1759, caracterizou-se pela Reforma dos Estudos Menores em Portugal com reflexos imediatos na Colônia Brasileira, que correspondiam aos estudos das primeiras letras e cadeiras em humanidades³⁹⁷.

A designação Estudos Menores correspondia ao ensino primário e secundário, sem distinção, que depois de concluídos, habilitava-se o estudante a cursar os Estudos Maiores, ou seja, aqueles oferecidos pela universidade.

II.1.2.2. A segunda Reforma Pombalina (1772 a 1808)

Admitido o fracasso da primeira Reforma, o Governo lusitano, através de Lei de 6 de novembro de 1772, tentou promover correções para incrementar a oferta escolar com três objetivos: *i*) reformar os Estudos Maiores, substituindo os antigos Estatutos da Universidade de Coimbra, elaborados pelos jesuítas, por um novo Estatuto que se adequasse ao pensamento iluminista; *ii*) criar um imposto do Subsídio Literário, para financiar as reformas dos Estudos Menores; *iii*) instalar nas principais cidades do país, novas Escolas de Estudos Menores³⁹⁸. Entretanto o seu acesso aos Estudos Menores não era obrigatório e seu destino não era a população em geral. Os súditos eram divididos em grupos diversos, de acordo com a atividade que eles deveriam exercer para atender os interesses da Metrópole.

que com maior nitidez marca o nosso salto evolutivo relativamente a outras espécies – exige constatar a nossa pertença a uma comunidade de criaturas pensantes.

³⁹⁶ Cf. TEREZA FACHADA LEVY CARDOSO, *op. cit.*, p. 185.

³⁹⁷ Cf. TEREZA FACHADA LEVY CARDOSO, *op. cit.*, p. 181.

³⁹⁸ Cf. TEREZA FACHADA LEVY CARDOSO, *op. cit.*, p. 184.

O subdesenvolvimento educacional sempre correspondeu a uma das faces do colonialismo³⁹⁹.

II.1.3. O período joanino (1808-1822)

Em decorrência do bloqueio continental decretado em 1806 por Napoleão contra a Inglaterra, com a qual a Metrópole lusitana mantinha laços diplomáticos, a família real lusitana migrou para o Brasil em 1808, dando início, do ponto de vista educacional, ao período joanino, com a chegada de D. João VI à Colônia Brasileira, que passou à condição de sede do império, resultando na expansão, especialmente, do ensino superior, antes vetado pela política metropolitana, em detrimento mais ainda do ensino fundamental.

Com efeito, ainda em 1808, buscando a Coroa Portuguesa permitir o mínimo de condições para sua permanência na promovida Colônia, foram implantados os primeiros cursos de cirurgia na Cidade de São Salvador e outro na Cidade do Rio de Janeiro, para onde depois se deslocaria a família real, onde também fundaria a Academia Real da Marinha (1808) e Academia Real Militar (1810), objetivando ter cuidados mínimos necessários para a sua saúde e uma estrutura militar contra invasões.

Entretanto, só após a declaração de Independência do Estado Brasileiro perante a Metrópole Lusitana, houve o desdobramento das Universidades⁴⁰⁰ Brasileiras,

³⁹⁹ Cf. ROGÉRIO FERNANDES, *As Cortes Constituintes da Nação Portuguesa e a Educação Pública*, Rio de Janeiro, 2005, p. 30.

⁴⁰⁰ Etimologicamente, a palavra universidade deriva de *universitas*, que designava o conjunto de professores e alunos que se reuniam para a transmissão do saber, mas ainda sem sentido de “corporação” em que veio a transformar-se para referir a própria Escola como instituição de estatuto, privilégios e funções. JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História das Universidades*, 1983, p. 11, ensina que a expressão universidade substituiu o termo “Studium”, que designava os centros escolares, vindo a designar, posteriormente, apenas Faculdade ou conjunto de corpos de ensino (“Studium Generale”) que formavam as Universidades. Cumpre salientar as lições de RÔMULO CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, 2001, págs. 56 e 57, ao considerar que “Universidade (Universitas) e Estudo Geral (Studium Generale) não eram sinónimos, embora com o tempo viessem muitas vezes a confundir-se. O Estudo Geral era a própria escola, o edifício onde se encontravam os professores para leccionarem e os alunos para receberem o ensino, e era também a instituição em si mesma, organizada para receber os estudantes que quisessem seguir os estudos, assim como o conjunto dos cursos. A Universidade era uma Corporação, uma assembleia, uma congregação de mestres e alunos, com personalidade jurídica. Na Idade Média, os ofícios estavam congregados em corporações que constituíam confrarias dos indivíduos dedicados à mesma actividade. A Universidade era uma corporação análoga à dos ofícios. Este é o significado histórico da palavra “Universidade”: uma organização corporativa de mestre e de alunos. Com o correr dos anos vingou a palavra “Universidade”, mantendo o sentido que já tinha e incluindo o de “Estado Geral”.

com o aparecimento de faculdades isoladas por todos o país, de caráter federal, tendo como pioneira a Faculdade de Medicina em 1832, em Salvador⁴⁰¹.

II.2. A evolução do ensino obrigatório nas Constituições Brasileiras

O progressivo fortalecimento do Estado Imperial Brasileiro decorreu da superioridade da educação escolar frente às outras estruturas sociais de formação e socialização, com a família, a igreja, e ao mesmo tempo, o grupo de convívio. A escolarização, no mundo moderno, faz-se a partir do fortalecimento das estruturas do poder estatal, podendo mesmo ser considerada como um dos momentos de realização dos Estados Modernos.

No Brasil, a educação escolar, ao longo do século XIX, vai, paulatinamente, assumindo as características de um governo do estado contra o governo da casa, afastando a escola do recinto doméstico⁴⁰².

Após a Proclamação da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, o acesso ao ensino público alçou a condição de norma constitucional inserida dentre os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, na Constituição Imperial de 1824, estando, decisivamente, presente em todas as Constituições Brasileiras⁴⁰³, até a atual Constituição da Educação (artigos 205 ao 214 da Constituição Federal de 1988).

⁴⁰¹ No Brasil, a tardia criação das Universidades decorreu da política colonialista de exploração que se demonstrou, inicialmente, avessa a qualquer estímulo de criação de estabelecimento de ensino superior no território brasileiro. Apesar dos inúmeros pedidos da Colônia Brasileira a solicitar equiparações de seus colégios às Universidades Portuguesas, as respostas sempre foram negativas sob a alegação de que os estudos poderiam começar no Brasil, mas o último ano deveria ser, necessariamente, em Portugal. Foram os casos dos pedidos das Câmaras da Bahia e de Sabará, todos negados. Logo após a chegada de D. João VI na Cidade de *São Salvador*, no Estado da Bahia, com a elevação do Brasil à condição de Reino Unido, começaram a se levantar as vozes intelectuais brasileiras pela instalação de escolas de educação superior, mas sem ainda a implantação de Universidades com personalidades jurídicas próprias.

⁴⁰² Cf. LUCIANO MENDES DE FARIA FILHO, *Instrução elementar no século XIX*, Belo Horizonte, 2011, p. 145.

⁴⁰³ Impende ressaltar que todas as Constituições Brasileiras sofreram profunda influência das Constituições Portuguesas, nomeadamente, no que tange ao arcabouço constitucional que trata sobre a escolaridade obrigatória. A mútua influência existe desde a fase do constitucionalismo liberal luso-brasileiro, cumprindo, pois, consignar as lições de JORGE MIRANDA, *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*, Lisboa, 2001, p. 7 e ss. e *Teoria do Estado e da Constituição*, 2002, p. 144 e ss., que, ao estabelecer paralelo entre as Constituições Portuguesas e Brasileiras, ensina que: a) a Constituição Portuguesa de 1822 foi votada por uma Assembleia Constituinte com deputados eleitos em Portugal e no

De fato, o império das leis está ligado à instrução obrigatória.

Sobretudo nas duas décadas posteriores à independência, a importância da instrução estará relacionada à necessidade de se estabelecer, no Império Brasileiro, o Império das leis. Isso significava, por um lado, instituir o arcabouço jurídico-institucional de sustentação legal do Estado imperial nas suas mais diversas manifestações e funções e, por outro lado, fazer com que os mais diversos estatutos sociais que aqui viviam ou mesmo que exerciam funções de governo viessem a obedecer às determinações legais⁴⁰⁴.

A partir de 1822, os Estudos Menores passaram a ser separados em dois níveis distintos: o primeiro com o título de ensino primário, instrução primária, e o segundo, referente à educação secundária⁴⁰⁵, como ensino das humanidades, que equivaleriam, atualmente, aos ensinos fundamental e médio⁴⁰⁶, respectivamente.

Brasil, mas não chegou a entrar em vigor no Brasil, pois só foi aprovada em 23 de setembro, quando desde o dia 7 de setembro do ano anterior, a ex-colônia já havia proclamado sua independência; b) a Constituição Portuguesa de 1826 foi, literalmente, decalcada da Constituição Brasileira de 1824 e feita no Brasil pelo autor desta: D. Pedro I, IV de Portugal; c) assim como menor não foi a influência da primeira Constituição Republicana Brasileira de 1891 sobre a primeira Constituição Republicana Portuguesa de 1911, principalmente, quanto à fiscalização judicial da constitucionalidade das leis; d) a tendência antiliberal das Constituições Getulianas de 1934 e de 1937 foram inspiradas na Constituição Salazarista de 1933; e) o paradigma revolucionário pós-regime autoritário da Constituição Portuguesa de 1976 foi o principal modelo para a elaboração da Constituição Brasileira de 1988, consistindo, entre outros, na extensão das matérias relativas às garantias dos direitos individuais e de numerosos direitos sociais, assim como a descentralização e a abundância das normas programáticas. As normas constitucionais portuguesas, nomeadamente, sobre o direito à educação que influenciaram as brasileiras foram as seguintes: artigo 237º da Constituição de 1822; artigo 145º, § 32º, da Constituição de 1826; artigo 28º, da Constituição de 1838; artigos 10º e 11º da Constituição de 1911; artigos 42º e 43º da Constituição de 1933; artigos 73º e 74º da Constituição de 1976.

⁴⁰⁴ Cf. LUCIANO MENDES FARIA FILHO, *Instrução elementar no século XIX*, Belo Horizonte, 2011, p. 137.

⁴⁰⁵ TEREZA FACHADA LEVY CARDOSO, *op. cit.*, p. 182, consigna, inclusive, que a partir de 1835 no Brasil e 1836, em Portugal, é que o ensino secundário passou a reunir as aulas, ou cadeiras avulsas, em estabelecimentos de instrução secundária denominados de liceus, embora desde 1825 já houvesse uma proposta aprovada pelo governo de implantar um liceu na capital da província de Pernambuco.

⁴⁰⁶ Por sua vez, as aulas de humanidades, que abrangiam, inicialmente, as cadeiras de gramática latina, língua grega, língua hebraica, retórica e poética, corresponderiam ao atual ensino médio, previsto no artigo 35 da Lei nº 9.394 de 20 de Dezembro de 1996, que reza: “O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades: I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina”.

II.2.1. Constituição de 1824

A Constituição Imperial de 1824⁴⁰⁷ não preconizou a escolaridade obrigatória, tendo discorrido sobre a proteção ao ensino de forma tímida, tendo D. Pedro I ressaltado, no seu último artigo, que a instrução⁴⁰⁸ primária⁴⁰⁹ fosse gratuita a todos os cidadãos⁴¹⁰ (artigo 179, XXXII)⁴¹¹.

No que tange à competência para legislar sobre a instrução primária, a Constituição Imperial foi omissa, mas vários projetos de reforma da educação foram apresentados à Câmara dos Deputados com o objetivo de criar o ensino primário no

⁴⁰⁷ Em relação às Constituições Portuguesas, faz-se oportuno citar que a Constituição lusitana de 1822 ao tratar sobre os estabelecimentos de instrução pública, estabeleceu que em todos os lugares do reino, onde fosse necessário, haveria escolas suficientemente dotadas, em que se ensinasse a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar e o catecismo das obrigações religiosas (artigo 237º), bem como seria livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público (artigo 238º). Já a Constituição de 1826 preconizara, no seu artigo 145º, que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos (§ 30º) e que seria garantido pelo Reino Português Colégios e Universidades, onde seriam ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes (§ 32º), cujos conteúdos foram repetidos nos artigos 28º e 29º da Constituição de 1838.

⁴⁰⁸ Muito já se discutiu sobre as diferenças entre as expressões educação e instrução. Ensina REGINA MARIA FONSECA MUNIZ, *O direito à educação*, Rio de Janeiro, 2002, p. 8, que essa dicotomia tem suas origens na educação grega, haja vista que havia o pedagogo, que educava as crianças e adolescentes de acordo com os valores das *polis*, cuja preocupação primordial era a formação do caráter e o professor que instruía às mesmas conhecimentos básicos de matemática, noções da escrita, cujo papel era considerado secundário, tornando-se, atualmente, totalmente, inócua essa diferença, na medida em que a primeira engloba a segunda.

⁴⁰⁹ MOYSÉS KUHLMANN JÚNIOR, *A educação infantil no século XIX*, Rio de Janeiro, 2005, p. 68, informa que o Regulamento da Instrução Primária e Secundária da Corte, de 1854, previa que crianças a partir dos 5 anos de idade poderiam frequentar as escolas primárias.

⁴¹⁰ Estabelecia o artigo 6º da Constituição Imperial de 1824 que os cidadãos brasileiros eram: “I – os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II – Os filhos de pai brasileiro e os legítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, que vierem estabelecer domicílio no Império. III – Os filhos de pai brasileiro, que estivesse em país estrangeiro em serviço do Império, embora eles não venham estabelecer domicílio no Brasil. IV – Todos os nascidos em Portugal e suas Possessões, que sendo já residentes no Brasil na época em que se proclamou a Independência nas Províncias, onde habitavam, aderiram a esta expressa, ou tacitamente, pela continuação de sua residência. V – Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião. A Lei determinará as qualidades precisas para se obter Carta de Naturalização”. Conclui-se, portanto, que a Constituição de 1824 não limitava o exercício do direito de voto aos analfabetos.

⁴¹¹ Leciona JORGE MIRANDA, *Estado Social e Direitos Fundamentais, Doutrina: Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 15 anos*, Brasília, 2005, p. 204, que apesar de todos os direitos serem ou deverem ser, por coerência, direitos de todos, alguns eram negados, no século XIX, aos cidadãos que não possuísem determinados requisitos econômicos (como o sufrágio); outros aproveitar-se-iam sobretudo aos que integrassem a certa classe (a propriedade); e outros ainda que pudessem ser alcançados sem dificuldade (direito de associação).

Município da Corte e servir de exemplo às províncias que compunham o reino⁴¹². Em 1834, foi publicada a Lei nº 16, de 12 de agosto, conhecido como Ato Adicional de 1834, que descentralizou o ensino e designou, como responsabilidade das Assembleias Legislativas das Províncias, a manutenção da instrução primária (artigo 10, § 2º).

Durante a vigência da primeira Carta Constitucional Brasileira, foi difundido o método lancasteriano ou monitorial/mútuo nas escolas primárias como oficial, em decorrência da publicação do Decreto das Escolas de Primeiras Letras, em 15 de Outubro de 1827, que pode ser considerada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira. As denominadas “aulas de primeiras letras”, que correspondiam as aulas de ler, escrever e contar, equivaleriam ao atual ensino fundamental obrigatório brasileiro, estabelecido no artigo 32 da Lei nº 9.394 de 20 de Dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional –, cujo objetivo é a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

Até então, o ensino era oferecido, principalmente, no meio rural, em caráter individual, ou seja, os professores ensinavam os alunos a ler, escrever, calcular, separadamente. No método monitorial, a responsabilidade era dividida entre o professor e os monitores, visando uma democratização das funções de ensinar, realizando os mesmos trabalhos todos os alunos, ao mesmo tempo.

A Lei de 15 de outubro de 1827 – Primeira LDB do ensino brasileiro – decorre do “fortalecimento de uma perspectiva político-cultural para a construção da nação brasileira e do Estado Nacional que via na instrução uma das principais estratégias civilizatórias do povo brasileiro” – instruir o povo era tarefa fundamental do

⁴¹² Cf. MARIA CRISTINA GOMES MACHADO, *O Decreto de Leôncio de Carvalho e os Pareceres de Rui Barbosa em debate – a criação da escola para o povo no Brasil do século XIX*, Rio de Janeiro, 2005, p. 92.

Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, condição mesma de existência desse Estado e da nação⁴¹³.

Entretanto, em que pese a adoção do mútuo ser considerada um momento significativo da história do ensino no país, com o objetivo de difundir a instrução elementar às massas trabalhadoras com um método que racionalizasse o ato pedagógico, o Estado Brasileiro, agora independente, mas agroexportador e escravocrata, não implantou o método conforme preconizado pelos seus idealizadores⁴¹⁴.

Com efeito, assim como fora observado nas Reformas Pombalinas, foram adotadas inúmeras medidas legais para a efetivação do método monitorial/mútuo para implantar um eficiente sistema de ensino fundamental que acabou por não ultrapassar as discussões políticas de vantagens e desvantagens em relação ao mesmo.

Na prática, os problemas continuariam os mesmos do início das Escolas Régias do período pombalino e que continuam presentes: falta de condições mínimas para o funcionamento das escolas públicas e falta de formação e remuneração adequada de professores com domínio do método educacional e material necessário para o seu desenvolvimento. Desde os seus primeiros passos, a profissão docente no Brasil foi, propositadamente, desvalorizada, nomeadamente, a responsável pelo ensino fundamental, na medida em que foi utilizada como instrumento de projeto político, para prejudicar a formação do titular do poder constituinte num Estado Democrático⁴¹⁵.

A partir dos anos 60 do século XIX, em diversas províncias, como resultado dos debates e da articulação dos poderes instituídos, vai-se adquirindo consistência a

⁴¹³ LUCIANO MENDES FARIA FILHO, *Instrução elementar no século XIX*. In LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive. *500 anos de educação no Brasil*, Belo Horizonte, 2011. p. 137, ensina que “a instrução possibilitaria arregimentar o povo para um projeto de país independente, criando também condições para uma participação controlada na definição dos destinos do país. Buscava-se constituir, entre nós, as condições de possibilidade da governabilidade, ou seja, a criação das condições não apenas para a existência de um Estado independente mas, também, dotar esse Estado de condições de governo. Dentre essas condições, uma das mais fundamentais seria, sem dúvida, dotar o Estado de mecanismos de atuação sobre a população. Nessa perspectiva, a instrução como um mecanismo de governo permitiria não apenas indicar os melhores caminhos a serem trilhados por um povo livre mas também evitaria que esse mesmo povo se desviasse do caminho traçado”.

⁴¹⁴ Cf. MARIA HELENA CAMARA BASTOS, *O ensino monitorial/mútuo no Brasil*, Rio de Janeiro, 2005, p. 48.

⁴¹⁵ HELOÍSA DE OLIVEIRA SANTOS VILLELA, *Do artesanato à profissão – representações sobre a institucionalização da formação docente no século XIX*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 105-113, informa que a primeira escola normal de formação de professores foi criada em 1835, na Província do Rio de Janeiro, mas que por mais de uma década funcionou com um único professor e número reduzido de alunos. Nesse mesmo ano, foi publicada a obra de ALEXIS TOCQUEVILLE, *Da Democracia na América*.

ideia de instrução ou educação primária que estivesse ordenada de acordo com preceitos estabelecidos por leis gerais. As instituições educacionais infantis – 0 a 6 anos – surgem como parte de série de iniciativas reguladoras da vida social, que envolvem a crescente industrialização e urbanização, proporcionando a difusão das instituições de educação infantil, que começam a chegar ao Brasil na década de 1870, ou seja, as creches, as escolas maternas e os jardins de infância existem há pouco mais de um século.

Na Constituição Imperial, a instrução pública era um direito dos considerados cidadãos, mas não havia obrigatoriedade escolar e estavam excluídos os escravos do acesso ao ensino oficial, uma vez que as atividades econômicas da época associadas ao estatuto da escravidão dispensavam uma sociedade instruída⁴¹⁶.

Além disso, em que pese a Constituição Imperial de 1824 não haver ressaltado, expressamente, os deveres fundamentais, faz-se oportuno destacar que os seus artigos 145 e 179, XV, que tratam sobre o dever da defesa da pátria e o dever de pagar impostos, respectivamente, foram transcritos, quase na íntegra, pela Carta Lusitana de 1826, nos art. 113º e art. 145º, § 14º, na medida em que estabeleceram: “todos os brasileiros são obrigados a pegar em armas para sustentar a Independência, e Integridade do Reino, e defendê-lo de seus inimigos externos, e internos” e “Ninguém será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres”.

ANTÔNIO DE ALMEIDA OLIVEIRA (1843-1887), deputado geral e presidente da Província do São Luís do Maranhão, na obra *O ensino público*, publicada em 1873, confrontava o Governo do Império e à Igreja, através de suas ideias sobre a educação nacional brasileira no final do século XIX, nomeadamente sobre a necessidade da instrução obrigatória, em que defendia que “o primeiro princípio que se deve converter em lei é o da instrução obrigatória A instrução obrigatória é a expressão de uma necessidade local social e o exercício de um importantíssimo direito do Estado... os países onde a instrução não é obrigatória deixam mais da metade dos seus meninos crescer na ignorância”⁴¹⁷.

⁴¹⁶ CURY e FERREIRA, *Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento*. In FERREIRA, Luiz Antonio Miguel (coordenador). *Temas de direito à educação*, São Paulo, 2010. p. 31.

⁴¹⁷ Cf., ANTÔNIO DE ALMEIDA OLIVEIRA, *O ensino público*, Brasília, 2003, p. 68.

Fica nítido que a necessidade social e econômica impõe à população um mínimo de conhecimento obrigatório ao mesmo tempo em que impõem limites à liberdade individual. Na Constituição Imperial, a instrução pública era um direito dos considerados cidadãos, mas não havia obrigatoriedade escolar e estavam excluídos os escravos do acesso ao ensino oficial, uma vez que as atividades econômicas da época associadas ao estatuto da escravidão dispensavam uma sociedade instruída⁴¹⁸.

II.2.2. Constituição de 1891

A primeira Constituição Republicana⁴¹⁹ também não estabeleceu a obrigatoriedade do ensino, utilizando, indiscriminadamente, as palavras ensino e educação, atribuindo, não privativamente, ao Congresso Nacional a competência para criar instituições que promovessem o ensino leigo nos estabelecimentos públicos, bem como criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados e prover a instrução secundária no Distrito Federal⁴²⁰.

Entretanto, desde 19 de Abril de 1879, fora publicado o Decreto nº 7.247, cujo artigo 2º já estabelecia a obrigatoriedade do ensino fundamental laico para os alunos dos 7 aos 14 anos, assim como a previsão de multas em dinheiro sobre os responsáveis pela criança que desobedecessem a norma, que poderia ser ministrado em escola particular ou com preceptor, ficando dispensados desta obrigatoriedade os alunos que residissem a uma distância maior de um quilômetro e meio no, caso de meninos, e um quilômetro, no caso de meninas, de uma escola pública ou subsidiada. O Estado, por

⁴¹⁸ CURY, Carlos Alberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento*, São Paulo, 2010. pp. 25-52.

⁴¹⁹ Impende consignar que os analfabetos passaram a não poder mais exercer o direito de voto, sendo, portanto, inelegíveis, com base no artigo 70 da Constituição Brasileira de 1891. Essa alteração decorreu para atender os interesses dos ex-senhores de escravos, principalmente, pelo grande número de analfabetos que poderiam comprometer suas intenções de manutenção de poder, sob a alegação de que os alforriados não estariam em condições de escolher seus representantes em decorrência da recente abolição da escravidão em 1888. Para FLÁVIA WERLE, *Constituição do Ministério da Educação e articulações entre os níveis federal, estadual e municipal da educação História*, Rio de Janeiro, 2005, p. 40, essa Constituição institucionalizou a descentralização e segmentou em dois blocos a administração da educação: o federal e o estadual. O primeiro, responsável pelo ensino superior e secundário, o outro, pelo ensino primário, profissionalizante e de formação de professores.

⁴²⁰ É o que reza o artigo 35, números 3º e 4º; artigo 72, parágrafo 6º, todos da Constituição Brasileira de 1891, que foram mantidos pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

sua vez, deveria garantir o fornecimento de vestuário, livros e demais objetos aos estudantes que não possuísssem recursos.

De fato, com a descentralização advinda do Império, o ensino primário passou a ser de competência dos Estados⁴²¹ e o ensino secundário e superior de competência concorrente entre a União e os Estados. Entretanto, novamente, o ensino fundamental – na época, o ensino primário – não foi incluído na agenda de temas importantes da instância federal na Primeira República (1890-1930), período que foi marcado pela relevante influência da instância estadual sobre a municipal, em especial, quando proclamada a municipalização do ensino de 1º grau⁴²².

Inequivocamente, no início da Primeira República⁴²³ não havia se constituído na sociedade brasileira a ideia de Estado como articulador da instrução em seus diferentes níveis, não havendo em âmbito nacional a discussão da generalização do ensino fundamental e muito menos de qualidade de prestação de serviço educacional – na época, como instrução primária e, conseqüentemente, a tentativa de se erradicar o analfabetismo. Passou a instância federal a comprometer-se com a educação primária apenas do Distrito Federal e com o ensino superior e secundário no país. Não havia condições organizacionais, nem ideias polarizadoras que levassem ao desenvolvimento de um sistema político-administrativo que fosse ativo e abrangente com a problemática da instrução primária⁴²⁴.

Em relação aos deveres fundamentais, a Constituição Republicana Brasileira de 1891 reafirmou o dever do serviço militar em defesa da Pátria e também da

⁴²¹ Cada uma das antigas Províncias (formadas por Municípios) que integravam o Brasil (artigo 2º da Constituição de 1824) transformou-se em Estado (artigo 2º da Constituição de 1891), e o antigo Município neutro passou a ser o Distrito Federal, capital da União.

⁴²² Cf. FLÁVIA WERLE, *op. cit.*, p. 40.

⁴²³ Sob a égide da Constituição de 1891, foram idealizadas várias Reformas Educacionais ao ensino fundamental, entre elas, as defendidas por RUI BARBOSA, que em 1882 e 1883, publicara dois trabalhos intitulados “Reforma do Ensino Secundário e Superior” e “Reforma do Ensino Primário e várias Instituições Complementares da Instrução Pública”, respectivamente, que destacavam a caótica situação em que o ensino público brasileiro se encontrava, a partir de estatísticas, e para tanto, seria necessária a imediata interferência do Estado, financiando diretamente ou fiscalizando o trabalho realizado nas escolas.

⁴²⁴ Leciona FLÁVIA WERLE, *op. cit.*, p. 49, que só a partir de 1930, houve a especialização da educação como área diferenciada da saúde e outros setores, possibilitando a identificação de procedimentos de ingerência entre as instâncias do poder público: federal, estadual e municipal. Surgiram, finalmente, estruturas edificadas a tratar no âmbito nacional, do ensino primário, da alimentação do estudante e do livro didático, que continuam presentes até hoje. Neste ano, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública pelo Decreto nº 19.444, que integrava quatro departamentos: de Ensino, de Saúde Pública, de Medicina Experimental e de Assistência Pública.

Constituição (art. 86), assim como consignara que o dever de pagar impostos observará lei que o autorize (art. 72º, § 30º).

II.2.3. Constituição de 1934

Foi a brevíssima Constituição Getuliana de 1934, também influenciada pela Constituição de Weimar⁴²⁵, que, ao reafirmar os direitos fundamentais individuais das Cartas anteriores⁴²⁶, introduziu deveres fundamentais sociais para atender aos desígnios do *Welfare State*⁴²⁷, quais sejam, entre eles⁴²⁸, o dever de frequência obrigatória ao ensino primário integral gratuito, extensivo aos adultos (art. 150, parágrafo único, *a*).

A Constituição de 1934 inspirou-se no *Manifesto dos Pioneiros de 1932*, cujo texto foi claro em defender a *obrigatoriedade escolar* ao colocar que: “por falta de escolas, ainda não passou do papel, nem em relação ao ensino primário, e se deve estender progressivamente até uma idade conciliável com o trabalho produtor, isto é, até aos 18 anos, é mais necessária ainda na sociedade moderna em que o industrialismo e o desejo de exploração humana sacrificam e violentam a criança e o jovem, cuja educação é frequentemente impedida”⁴²⁹.

Com efeito, o legislador constituinte em 1934 já ressaltava, expressamente, o dever de escolaridade obrigatória, devendo ser observado pela família e pelos poderes

⁴²⁵ Para PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1998, p. 40, a Constituição de Weimar foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que conjugaram em seus sistemas de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais, entre elas a Constituição Republicana Espanhola de 1931, a Constituição francesa de 1946 e a Constituição italiana de 1947. Nesse sentido, PAULINO JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1967, pp. 267-268, leciona que a Constituição Brasileira de 1934 inspirou-se, nomeadamente, nos artigos 142 a 150 da Constituição de Weimar, que admitia o ensino livre à iniciativa popular e tornava gratuito o ensino primário e profissional (artigo 145º) e o ensino religioso facultativo (artigo 149º), mas também observou os modelos da Constituição Mexicana de 1917 (artigo 3º) e da Constituição Russa de 1919 (artigo 17). No mesmo sentido, FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, 2005, p. 191.

⁴²⁶ O dever de voto “para os homens e, para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada” (art. 109) e o dever do serviço militar e outros encargos necessários à defesa da Pátria (art. 162).

⁴²⁷ A expressão *bem-estar social* foi consignada no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1934.

⁴²⁸ O dever do cidadão em prover a própria subsistência e de sua família (art. 113, nº 34) e o dever dos funcionários públicos em zelar pela Fazenda Pública (art. 171).

⁴²⁹ CURY e FERREIRA, *Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento*, São Paulo, 2010. pp.48-49.

públicos, com o fito de possibilitar eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, desenvolvendo no espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana.

Além disso, visando proteger o ensino obrigatório infantil, a Constituição de 1934:

a) preconizou ao legislador a vedação ao trabalho a menores de 14 e de trabalhos noturnos a menores de 16 anos (artigo 121, § 1º, alínea *d*)⁴³⁰;

b) para erradicar o analfabetismo, exigiu que toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalhassem mais de cinquenta pessoas, perfazendo esta e os seus filhos, pelo menos dez analfabetos, seria obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito (artigo 139).

Exigiu que o Plano Nacional de Educação a ser criado pelo Conselho Nacional de Educação deveria obedecer as seguintes normas (artigo 150, parágrafo único): ensino primário integral e gratuito e de frequência obrigatória, extensivo aos adultos; tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário a fim de torná-lo mais acessível; liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual; ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras; limitação de matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso; reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurassem aos seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

II.2.4. Constituição de 1937

⁴³⁰ A preocupação do legislador constituinte com a exploração do trabalho infantil em prejuízo do acesso à educação continuou a estar presente nas Constituições posteriores: em 1937, artigo 137, alínea k); em 1946, artigo 157, IX; em 1967, artigo 165, X; em 1969, também no artigo 165, X; e na Constituição de 1988, no artigo 7º, XXXIII, cuja redação originária foi alterada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de Dezembro de 1998, para proteger ainda mais os menores aprendizes, estabelecendo a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

A Constituição Polaca de 1937 manteve os deveres fundamentais individuais e sociais previstos na Carta anterior, estabelecendo, nomeadamente, o dever de educação integral dos pais para com seus filhos, apontando o novo texto a responsabilidade dos pais quanto ao dever da educação, como primeiro dever e um direito natural, assumindo o Estado um papel supletivo e subsidiário.

Sob sua égide, em 1940, o Código Penal estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940, estabelece, em seu art. 246, o crime de abandono intelectual, que ocorre quando os pais ou responsáveis deixam, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar.

O ensino primário⁴³¹ continuou a ser obrigatório e gratuito, observando-se, entretanto, que essa gratuidade não deveria excluir o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados, exigindo-se contribuição módica e mensal para a caixa escolar, por ocasião da matrícula, aos que não alegassem, ou notoriamente não pudessem alegar, escassez de recursos, (artigo 130).

Além disso: a) estabeleceu como primeiro dever e direito natural dos pais a educação da prole, colaborando o Estado, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular (artigo 125); b) protegeu, pioneiramente, os menores vítimas de abandono intelectual pelos responsáveis que faltassem com sua educação, importando falta grave o não cumprimento da obrigação educacional, criando ao Estado o dever de provê-las dos cuidados indispensáveis à sua preservação intelectual, assim como garantiu aos pais miseráveis o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a educação de sua prole (artigo 127); c) exigiu o adestramento físico⁴³² e a disciplina moral no ensino

⁴³¹ Faz-se necessário ressaltar os efeitos de dois Decretos-Lei no Estado Novo: a) a partir do Decreto-Lei nº 868 de 1939, a União criou a Comissão Nacional de Ensino Primário que tinha como escopo coordenar o ensino primário em caráter nacional, a qual competia articular as três instâncias do poder público para o combate do analfabetismo e integral nacionalização do ensino primário, determinando as disciplinas obrigatórias e as normas gerais; b) a partir do Decreto-lei nº 1.545 de 1939, o Conselho de Segurança Nacional incumbiu o Ministério da Educação e Saúde Pública da promoção e criação de escolas, da subvenção das escolas primárias de núcleos coloniais e do favorecimento às escolas primárias e secundárias fundadas por brasileiros.

⁴³² Nesse contexto histórico, sobre o culto ao exercício físico na perspectiva totalitária nazista, ADOLF HITLER, *Minha luta*, São Paulo, 2001, p. 166, doutrinava, despoticamente, que “o conjunto da educação deveria ser organizado de maneira que todo o tempo disponível da mocidade fosse empregado na sua cultura física. Nos tempos que correm, a mocidade não tem o direito de errar pelas ruas e cinemas, fazendo distúrbios, cumpre-lhe, depois da faina diária, exercitar-se fisicamente para, quando entrar na vida, apresentar resistência necessária. Prepará-la para isso deve ser o objectivo da educação e não

fundamental, através da introdução das disciplinas obrigatórias de educação física e educação cívica para preparar os cidadãos ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação (artigo 131).

O ensino fundamental foi utilizado, nitidamente, com a finalidade de preparar cidadãos que se adequassem à ditadura⁴³³ imposta pelo Governo Vargas. Vale dizer, o Estado Novo através do serviço educacional tentava manter sua ideologia política⁴³⁴.

II.2.5. Constituição de 1946

Entre os deveres fundamentais consignados na Constituição de 1946, foi reafirmado o dever de escolaridade obrigatória do ensino primário gratuito (art. 168, I)⁴³⁵.

Além disso, a Constituição de 1946⁴³⁶ retomou inúmeros preceitos da Constituição de 1934 relativos ao acesso ao ensino, mantendo a competência da União

simples aquisição da chamada cultura intelectual”. Em sentido diametralmente oposto, alerta FERNANDO SAVATER, *op. cit.*, p. 71, que o Estado ao oferecer um sistema educacional eficiente não pode fabricar conhecimento em conformidade a um modelo, mas deve permitir que o cidadão tenha acesso a instrumentos para libertar em cada um o que impede de ser ele mesmo.

⁴³³ É interessante observar que os modelos educacionais totalitários se consolidam também pelos seus professores. Segundo THOMAS FLEINER, *O que são direitos humanos*, São Paulo, 2003, p. 143, quando o regime fascista italiano, nos anos 30, exigiu dos professores juramento de fidelidade ao fascismo e estabeleceu a educação dos estudantes de acordo com os princípios do fascismo, somente 0,5% de três mil professores se negaram a fazê-lo.

⁴³⁴ O controle estatal que deveria ser exercido sobre a massa de trabalhadores analfabetos para atender os interesses do Estado nacionalista de Vargas era nítido, pois estabelecia a Constituição de 1937 que “o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos estados, municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera de sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público” (artigo 129).

⁴³⁵ Foram expressos também o dever de alistamento eleitoral e voto (art. 133); dever do serviço militar e defesa da pátria (art. 181); dever dos funcionários públicos em zelar pela Fazenda Pública (art. 194); dever de obrigação alimentar dos responsáveis (art. 141, § 32); dever de trabalho (art. 145).

⁴³⁶ Aduz FLÁVIA WERLE, *op. cit.*, pp. 46 e 47, que, após um período centralizador, de 1930 a 1947, quando termina o Estado Novo, são criados procedimentos administrativos tendentes à descentralização do ensino primário e médio, extinguindo-se as Campanhas de Mobilização Nacional contra o Analfabetismo, a Campanha de Educação de Adolescentes e Adultos, a Campanha Nacional de Educação Rural, a Campanha de Erradicação do Analfabetismo, até então ligadas ao Departamento Nacional de

em legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (artigo 5º, XV, alínea *d*). Reafirmou os princípios de liberdade e solidariedade no oferecimento da educação, que deveria ser dada no lar e na escola (artigo 166), trazendo inúmeras novidades⁴³⁷, tais como:

a) a imunidade aos impostos em relação às instituições de educação que aplicassem, integralmente, suas rendas no País (artigo 31, V, alínea *b*);

b) estabeleceu o Capítulo II referente à Educação e à Cultura (artigo 166 *usque* artigo 175) do Título VI – Da Família, da Educação e da Cultura – *preconizando-se tratamento diferenciado ao ensino primário*, haja vista que a legislação deveria observar: *i)* a obrigatoriedade do ensino primário que deveria ser ministrado em língua nacional (artigo 168, I); *ii)* a necessária gratuidade do ensino primário, sendo esta garantida para aqueles que provarem falta ou insuficiência de recursos (artigo 168, II); *iii)* a obrigação das empresas industriais e comerciais e agrícolas, em que trabalhassem mais de cem pessoas, em manter o ensino primário gratuito aos seus servidores e os filhos destes.

Sob sua égide, foi publicada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, formalmente denominada, qual seja a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que estabeleceu relevantes avanços normativos à busca da efetividade do ensino primário obrigatório (artigos 25 ao 32)⁴³⁸.

Educação, bem como a Campanha de Construções e Equipamentos Escolares e a Campanha de Aperfeiçoamento do Magistério Primário e Normal. Em 1953, a educação e a saúde não mais integravam o mesmo Ministério, surgindo, a partir do Decreto-Lei nº 1.920 de 1953, o Ministério da Educação e Cultura, que passa a ser denominado em 1985, pelo Decreto-Lei nº 91.114 de 1985 de Ministério da Educação. Constata-se, portanto, que, ao longo da República, a educação vinculou-se a diferentes ministérios: Instrução Pública, Correios e Telégrafos (1890-1891), Justiça e Negócio Interiores (1891-1930), Educação e Saúde Pública (1930-1953), Educação e Cultura (1953-1985), estruturando-se, isoladamente, a partir de 1985.

⁴³⁷ Os analfabetos continuaram inalistáveis (artigo 132, I), ficando, entretanto, pela primeira vez consignado que o voto seria universal, direto e secreto (artigo 133).

⁴³⁸ A Lei nº 4.024, de 20 de Dezembro de 1961 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – estabeleceu, no que tange ao ensino primário as seguintes metas: I) teria por fim o desenvolvimento do raciocínio e das atividades de expressão da criança, e a sua integração no meio físico e social (artigo 25); II) seria ministrado, no mínimo, em quatro séries anuais, sendo que os sistemas de ensino poderiam estender a sua duração até seis anos, ampliando, nos dois últimos, os conhecimentos do aluno e iniciando-o em técnicas de artes aplicadas, adequadas ao sexo e à idade (artigo 26); III) seria obrigatório a partir dos sete anos e só seria ministrado na língua nacional, observando-se que para os que o iniciassem depois dessa idade poderiam ser formadas classes especiais ou cursos supletivos correspondentes ao seu nível de desenvolvimento (artigo 27); IV) a administração do ensino nos Estados, Distrito Federal e Territórios promoveria o levantamento anual do registro das crianças em idade escolar, o incentivo e a fiscalização

II.2.6. Constituição de 1967

A outorgada Constituição de 1967⁴³⁹ manteve diversos dispositivos da Constituição de 1946 quanto ao dever de escolaridade obrigatória do ensino primário (artigo 168, § 3º, II), inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana (artigo 176), fazendo-se necessário ressaltar quanto ao ensino obrigatório que:

i) estabeleceu que a faixa etária do ensino primário, obrigatório e gratuito, nos estabelecimentos oficiais, seria dos sete aos catorze anos (artigo 176, § 3º, II);

ii) reafirmou tratamento diferenciado ao ensino primário em relação ao ensino médio e superior, cuja gratuidade seria gradativamente substituída pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição⁴⁴⁰ (artigo 176, § 3º, IV);

iii) instaurou a opção para as empresas comerciais, industriais e agrícolas em manter o ensino primário gratuito de seus empregados e ensino dos filhos destes, entre os sete e os catorze anos, ou a concorrer para esse fim, mediante contribuição do Salário-Educação, na forma da lei⁴⁴¹ (artigo 178).

da frequência às aulas (artigo 28); V) cada município faria, anualmente, a chamada da população escolar de sete anos de idade, para matrícula na escola primária (artigo 29) e VI) não poderia exercer função pública, nem ocupar emprego em sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público o pai de família ou responsável por criança em idade escolar sem que fizesse prova de matrícula desta, em estabelecimento de ensino, ou de que lhe estivesse sendo ministrada educação no lar, constituindo casos de isenção, além de outros previstos em lei: a) comprovado estado de pobreza do pai ou responsável; b) insuficiência de escolas; c) matrícula encerrada; d) doença ou anomalia grave da criança (artigo 30); VII) as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de 100 pessoas, seriam obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos desses, observando-se que quando os trabalhadores não residissem próximo ao local de sua atividade, esta obrigação poderia ser substituída por instituição de bolsas, na forma que a lei estadual estabelecesse, bem como competiria à administração do ensino local, com recurso para o Conselho Estadual de Educação zelar pela sua obediência (artigo 31); VIII) os proprietários rurais que não pudessem manter escolas primárias para as crianças residentes em suas glebas deveriam facilitar-lhes a frequência às escolas mais próximas, ou propiciar a instalação e funcionamento de escolas públicas em suas propriedades (artigo 32).

⁴³⁹ A Constituição de 1967 reafirmou os deveres fundamentais do serviço militar e da defesa da pátria (art. 93); o dever de alistamento e voto (art. 142, § 1º); o dever de obrigação alimentar dos responsáveis (art. 150, § 17).

⁴⁴⁰ Para JOÃO BATISTA HERKENHOFF, *op. cit.*, p. 44, foi criada uma discriminação negativa em relação aos alunos que comprovassem insuficiência de recursos, pois a gratuidade do ensino ulterior ao primário só seria assegurada aqueles com demonstração de efetivo aproveitamento.

⁴⁴¹ A cobrança da contribuição do Salário-Educação se deu a partir da publicação do Decreto-Lei nº 1.422 de 23 de Outubro de 1975, sob a égide da Constituição de 1969, cujo texto foi recepcionado pelo § 5º do art. 212 da Constituição de 1988 e estabelecia que: “o ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição do Salário-Educação recolhida na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes”. Posteriormente, esse texto foi alterado pela Emenda Constitucional nº 14 de 12 de Setembro de 1996 que estabeleceu que “o ensino fundamental público terá como fonte adicional de

II.2.7. Constituição de 1969

A Constituição de 1969⁴⁴², denominada formalmente de Emenda Constitucional nº 01 de 17 de Outubro de 1969, manteve quase na sua totalidade os dispositivos que tratavam sobre o direito à educação da Constituição de 1967⁴⁴³, sendo preconizado pela primeira vez, expressamente, a inequívoca responsabilidade estatal perante o fomento da educação quando foi estabelecido que “a educação é direito de todos e dever do Estado” (artigo 176), tendo mantido o ensino obrigatório no § 3º, II.

Outrossim, foi sob a égide desta Carta que foram publicadas as Leis nº 5.540/68 e nº 5.692/71, que alteraram as denominações dos ensinos primário e médio para ensinos de primeiro e segundo graus respectivamente, para depois a atual Lei de Diretrizes e Bases – Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 - estabelecer as expressões ensinos fundamental e médio.

Impende ressaltar que essas reformas introduzidas na primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 4.024/61, mais uma vez, só

financiamento a contribuição do Salário-Educação recolhida, pelas empresas, na forma da lei”. Em 24 de Dezembro de 1996, foi publicada a Lei nº 9.424 que tratou sobre o Salário-Educação, estabelecendo que o referido tributo seria calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados-empregados (artigo 15). A constitucionalidade da cobrança do referido tributo já foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Pleno, tendo como relator o Ministro Nélson Jobim, publicada no DJU em 13 de Dezembro de 1999, p. 1, na ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 3.

⁴⁴² A Constituição de 1969 manteve os dispositivos que tratam sobre os deveres fundamentais, quais sejam: o dever do serviço militar (art. 92); o dever de alistamento e voto (art. 147, § 1º); dever de obrigação alimentar dos responsáveis (art. 153, § 17). Informa DERMEVAL SAVIANI, *A política educacional no Brasil*, Rio de Janeiro, 2005, p. 35, que após o golpe militar em abril de 1964, o governo militar não considerou necessário modificar totalmente a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 4.024 de 20 de Dezembro de 1961, haja vista que o golpe visava garantir a continuidade da ordem sócio-econômica que havia sido considerada ameaçada no quadro político de João Goulart, bastando ajustar a organização do ensino à nova situação.

⁴⁴³ A Constituição de 1969 manteve da sua antecessora: i) a competência da União em estabelecer e executar os planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento (artigo 8º, XIV), e de legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (artigo 8º, XVII, q); ii) a faixa etária do ensino primário, obrigatório e gratuito, nos estabelecimentos oficiais, dos sete aos catorze anos (artigo 176, § 3º, II); iii) o tratamento diferenciado ao ensino primário em relação ao ensino médio e superior, cuja gratuidades seriam gradativamente substituídas pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição (artigo 176, § 3º, IV); iv) a obrigatoriedade da União em promover o ensino nos Territórios e o caráter supletivo nos demais entes que deveriam organizar seus sistemas de ensino (artigo 177); v) a opção para as empresas comerciais, industriais e agrícolas em manter o ensino primário gratuito de seus empregados e ensino dos filhos destes, entre os sete e os catorze anos, ou a concorrer para esse fim, mediante contribuição do Salário-Educação, na forma da lei (artigo 178).

contribuíram para prejudicar a prestação do serviço educacional de qualidade. Com efeito, em lugar de um ensino primário com duração de quatro anos, seguido de um ensino médio, subdivido verticalmente num curso ginasial de quatro anos e um curso colegial de três anos, passou a ser adotado um modelo que integrava um ensino de primeiro grau com a duração de oito anos e um ensino de segundo grau de três anos, de caráter profissionalizante.

A reforma do ensino primário e médio foi consubstanciada nos princípios da integração vertical e horizontal, continuidade-terminalidade, racionalização-concentração e flexibilidade, introduzindo a distinção entre *terminalidade ideal ou legal* e a *terminalidade real*. A primeira correspondia à escolaridade completa de primeiro e segundo graus com a duração de onze anos (oito anos do primeiro grau e três anos do segundo), e a segunda implicou a antecipação da formação profissional a garantir que todos, mesmo aqueles que não chegassem ao segundo grau ou não completasse o primeiro grau, saíssem da escola com algum preparo profissional para ingressar no mercado de trabalho, em prejuízo, pois, do acesso ao ensino fundamental de qualidade às regiões mais carentes⁴⁴⁴.

Essa nova política educacional de acesso ao ensino só fez aumentar o números de analfabetos funcionais⁴⁴⁵, que tiveram acesso à oferta de ensino fundamental público totalmente inadequada, uma vez que a terminalidade real poderia resultar abaixo da legal, podendo, no limite, não ultrapassar os quatro anos correspondentes ao antigo curso primário. Pleiteava-se preparar o profissional para passar diretamente ao mercado de trabalho, independentemente da qualidade do ensino.

⁴⁴⁴ Cf. DERMEVAL SAVIANI, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁴⁵ DANIEL AUGUSTO MOREIRA, *Analfabetismo funcional: o mal nosso de cada dia*, São Paulo, 2003, pp. 2 e ss., ensina que analfabeto funcional é aquela pessoa cujo grau de alfabetização é insuficiente para que exerça funções básicas nas sociedades modernas. O analfabetismo funcional não é acometido somente em relação às pessoas que tenham um certo número mínimo de anos de escolarização formal. Ensina o autor que, a partir 1978, o conceito de alfabetização que, em 1958, limitava-se tão somente a capacidade de ler como de escrever um pequeno enunciado pertencente ao seu ambiente do dia-a-dia, passou a ser mais abrangente, para entender que “a pessoa seria funcionalmente alfabetizada se pudesse envolver-se com sucesso em todas aquelas atividades nas quais a alfabetização seja requerida para efetivo funcionamento de seu grupo e comunidade, e fosse habilitada para continuar a usar a leitura, a escrita e o cálculo para seu próprio bem e para o desenvolvimento da comunidade”.

II.2.8. Constituição de 1988 – A Constituição Brasileira da Educação

O texto originário da Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova era de proteção ao direito à educação, criando complexo e avançado arcabouço jurídico na proteção do direito de acesso ao ensino fundamental impondo, expressamente, a necessidade do Estado em oferecer um ensino fundamental obrigatório com garantia de padrão de qualidade.

Com efeito, entre as microconstituições preconizadas pela Assembleia Constituinte⁴⁴⁶, foi criada uma verdadeira Constituição Brasileira da Educação⁴⁴⁷, que ultrapassa os artigos 205 ao 214 da Constituição Federal (Seção I do Capítulo III do Título VIII - da Educação, da Cultura e do Desporto), e encerra princípios e regras constitucionais relativas ao direito da educação, nomeadamente, em proteção ao dever fundamental⁴⁴⁸ de escolaridade obrigatória⁴⁴⁹.

Ao lado do dever fundamental de escolaridade do ensino fundamental (art. 208, I) e do dever dos pais em assistir, criar e educar os seus filhos (art. 229 e art. 5º, LXVII), a Constituição Brasileira de 1988 afirmou também como direitos-deveres ou deveres-poderes os seguintes: a) dever de cooperação com os povos da América Latina (art. 4º, parágrafo único); b) dever de sufrágio (art. 14, § 1º); c) dever de proteção à saúde (art. 196); d) dever de preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural

⁴⁴⁶ A Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro 1985 convocou a Assembleia Nacional Constituinte, estabelecendo que os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promoveriam reuniões, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional para elaborar a Constituição (poder constituinte formal) que seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos seus membros (artigos 1º e 3º), fato que se deu, numa inesquecível tarde de primavera, em 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal, denominada por esse autor de Constituição Brasileira da Educação. Cf. EDIVALDO BOAVENTURA, *A educação nos 50 anos da Constituição de 1946*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 132, p. 29-35, 1996.

⁴⁴⁷ A Constituição Brasileira da Educação traduz-se como a manifestação do poder constituinte material, encerrando os princípios e as regras constitucionais sobre o direito social à educação.

⁴⁴⁸ O menosprezo da criação de declaração de deveres fundamentais ao lado dos direitos deve-se muito mais por matizes históricos, já que tanto Portugal quanto o Brasil emergiam de regimes autoritários que tinham negado direitos fundamentais.

⁴⁴⁹ Na opinião de MÔNICA SIFUENTES, *O Acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 2001, p. 28, nenhum direito social, de todos os previstos na Constituição Federal de 1988, recebeu tratamento tão cuidadoso como o referente à educação, podendo ser considerado o primeiro e o mais importante dos direitos sociais.

(art. 216, § 1º); e) dever de defesa do meio ambiente (art. 225); e o f) dever dos filhos em amparar os pais (art. 229).

Por sua vez, na condição de deveres fundamentais autônomos: a) dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos o dever de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9º, § 1º da CF/88); b) dever de prestação de contas pela utilização de bens ou valores pelos quais a União responda (art. 70, parágrafo único); c) dever de prestar o serviço militar (art. 143); d) dever de cooperação com as atividades do Tribunal de Contas da União⁴⁵⁰ (art. 23º, nº 4); e) dever de pagar tributos⁴⁵¹ (art. 150); f) dever de respeito à função social da propriedade (art. 182, § 4º e art. 186).

Entre os avanços da Constituição Brasileira da Educação, avultou-se a preocupação do legislador constituinte em *assegurar o padrão mínimo de qualidade de ensino fundamental obrigatório*, fazendo-se oportuno ressaltar que:

a) foi preconizado que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205);

b) estabeleceu como princípios que norteiam o ensino em todos os graus, nomeadamente, o fundamental: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União; VI - gestão democrática

⁴⁵⁰ Já os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, deverão informar ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (art. 74, § 1º).

⁴⁵¹ O dever de pagar tributos decorre de sua consagração implícita no Sistema Tributário prevista nos artigos 145 ao 156 da CF/88. Nesse sentido, em relação à Constituição Portuguesa, cf. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 251.

do ensino público, na forma da lei; e a VII - garantia de padrão de qualidade (artigo 206);

c) assumiu como dever o cumprimento das seguintes políticas públicas que assegurassem a efetivação, prioritariamente, do ensino fundamental em relação aos demais graus e erradicar o analfabetismo em todas as idades através de um *ensino de qualidade mínima*: I – acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (artigo 208);

d) impôs, expressamente, ao Poder Público a obrigatoriedade em oferecer o acesso ao ensino fundamental em caráter gratuito, consistindo em direito público subjetivo, cujo não oferecimento, ou sua oferta irregular, importaria responsabilidade da autoridade competente, bem como a necessidade de recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola, não fazendo menção aos demais graus de ensino (artigo 208, §§ 1º, 2º e 3º)⁴⁵²;

⁴⁵² O artigo 54 do ECA, basicamente, transcreveu o artigo 208 originário da Constituição Federal de 1988, na proteção do ensino fundamental de qualidade à criança e ao adolescente, estabelecendo que: “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII – atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola”.

e) estabeleceu que o ensino seria livre à iniciativa privada, abrangendo, portanto, também o ensino fundamental, desde que atendendo ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (artigo 209);

f) preconizou que o ensino fundamental regular seria ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, bem como a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, observando que o ensino religioso seria de matrícula facultativa, consistindo numa disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (artigo 210);

g) direcionou as metas a serem alcançadas pela Lei que viesse a dispor sobre o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público, quais sejam: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; e V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

II.2.8.1. Das alterações à Constituição Brasileira de 1988 relativas ao ensino obrigatório

Seguindo tendência dos sistemas educacionais contemporâneo, o legislador reformador alargou o período considerado como de escolaridade obrigatória, abrangendo todas as etapas que venham a anteceder o acesso ao ensino superior e aduziu ainda maiores proteções ao acesso ao ensino público de qualidade, salientando-se, entretanto, que houve retrocessos, principalmente, quanto à desvinculação de recursos destinados à consecução desse direito social.

II.2.8.2. Das alterações à Constituição Brasileira da Educação de 1988 e o ensino obrigatório

Das noventa e três emendas constitucionais e das seis emendas constitucionais de revisão⁴⁵³ pelas quais passou a Constituição Federal de 1988⁴⁵⁴, pelo menos nove emendas constitucionais e uma emenda constitucional de revisão dispuseram sobre educação, com reflexos no acesso ao ensino obrigatório.

Sucedeu, pois, que o alargamento do período considerado como ensino obrigatório foi inevitável, diante da *necessidade de diminuir a evasão escolar no ensino médio e da sofisticação do exercício da cidadania*.

De fato, com o advento da globalização, o cidadão, participante da vida política e social do país, precisa ter um nível educacional mais elevado do que antes, pois quanto maior for seu nível de conhecimento, maiores serão as suas oportunidades de participação na vida política, social e econômica⁴⁵⁵.

Outrossim, a teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais deveria ser observada na proteção do ensino obrigatório, haja vista que a Constituição Brasileira de 1988, diferentemente da Constituição Lusitana de 1976, criou, no seu texto originário, regimes jurídicos diferenciados entre as fases de ensino, uma vez que o artigo 208, I,

⁴⁵³ O poder reformador brasileiro ocorre através de emendas constitucionais (artigo 60, § 4º da CF/88) e emendas constitucionais de revisão (artigo 3º do ADCT). Entretanto, desde 1995 que novas emendas constitucionais de revisão só poderão ser promulgadas se uma emenda constitucional vier a dispor sobre uma nova revisão constitucional.

⁴⁵⁴ No âmbito do exercício do poder decorrente - poder que tem os Estados-membros brasileiros em criarem suas próprias Constituições, desde que respeitem as normas da Constituição Federal - impende ressaltar que todas as vinte e seis Constituições Estaduais Brasileiras mencionam a necessidade dos Estados-membros em proteger o acesso ao ensino fundamental, quais sejam: 1) Acre (artigos 188 ao 200); 2) Alagoas (artigos 198 ao 204); 3) Amapá (279 ao 291); 4) Amazonas (198 ao 204); 5) Bahia (244 ao 264); 6) Ceará (215 ao 232); 7) Espírito Santo (168 ao 180); 8) Goiás (artigos 156 ao 162); 9) Maranhão (artigos 217 ao 226); 10) Mato Grosso (artigos 237 ao 246); 11) Mato Grosso do Sul (artigos 189 ao 201); 12) Minas Gerais (artigos 195 ao 206); 13) Pará (artigos 272 ao 284); 14) Paraíba (artigos 207 ao 213); 15) Paraná (artigos 177 ao 189); 16) Pernambuco (artigos 176 ao 195); 17) Piauí (artigos 216 ao 228); 18) Rio de Janeiro (306 ao 321); 19) Rio Grande do Norte (artigos 134 ao 142); 20) Rio Grande do Sul (artigos 196 ao 219); 21) Rondônia (artigos 186 ao 197); 22) Roraima (artigos 145 ao 156); 23) Santa Catarina (artigos 161 ao 172); 24) São Paulo (artigos 237 ao 258); 25) Sergipe (artigos 214 ao 224) e 26) Tocantins (artigos 123 ao 136). O Distrito Federal acumula competência para legislar sobre matérias relativas aos Estados e aos Municípios, ao mesmo tempo, exercendo, pois, também o poder decorrente no que tange as normas que são de competência estadual. Sua Lei Orgânica dispõe sobre o direito ao ensino fundamental nos artigos 221 ao 245.

⁴⁵⁵ Cf. DENISE COSTA, *Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte, 2011. p. 83.

inicialmente, só considerava como obrigatório, universal e gratuito a etapa do ensino fundamental.

Sucedeu, então, que o legislador reformador, não satisfeito com a prevalência do ensino fundamental sobre as demais etapas, promoveu alteração na Constituição Brasileira de 1988, já por três vezes, para proteger o ensino básico como um todo obrigatório.

Primeiramente, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 14 de 1996, que alterou a redação do artigo 208 da CF/88, atestando que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurando, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I) e a progressiva universalização do ensino médio gratuito (art. 208, II).

Entretanto, a partir da Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006, foi reduzido o limite de idade do menor que terá assistência gratuita em creches e pré-escolas de 06 (seis) para 05 (cinco) anos de idade (novo art. 208, IV).

E, finalmente, com a terceira e decisiva alteração promovida pelo legislador reformador, na proteção e alargamento do ensino obrigatório foi através da Emenda Constitucional nº 59 de 11 de novembro de 2009, que encerra expressa e definitivamente, a hierarquização das fases de ensino na educação brasileira, pois determina, no artigo 208, I, que a educação básica será obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, e não mais compulsória apenas a etapa do ensino fundamental, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, exigindo sua implementação, progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União⁴⁵⁶.

O novo artigo 208 da CF/88 passou a estabelecer educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada

⁴⁵⁶ A EC nº 65, de 2010, veio a reforçar a preocupação da educação da juventude, preconizando, inclusive, que será criado o estatuto da juventude: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. A Lei 12.852, de 5 de agosto de 2013, por sua vez, criou o Estatuto da Juventude.

inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (art. 208, I), tendo motivado o legislador ordinário a promover alterações na Lei n. 9.394/96 - LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, através da 12.796/2013.

Com efeito, preconiza a LDB um conjunto exaustivo de normas, não só sobre o direito à educação, mas também sobre o dever de educar.

Estabelece que a educação escolar será integrada por duas etapas: a) educação básica, formada pela educação infantil⁴⁵⁷, ensino fundamental e ensino médio; b) educação superior (artigo 21).

A educação básica, por sua vez, será obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade e organizada da seguinte forma (artigo 4º):

a) pré-escola, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade⁴⁵⁸;

b) ensino fundamental, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, que terá por objetivo a formação básica do cidadão;

c) ensino médio, com duração mínima de três anos, sendo garantido acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria.

Além disso, será garantido: a) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; b) padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos

⁴⁵⁷ Sobre a educação infantil, cf. artigos 29 ao 31 da LDB:

“Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns

I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental;

II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;

III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral;

IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;

V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança.”

⁴⁵⁸ Também foi alterada LDB para estabelecer que é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade (artigo 6.º).

indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem; c) vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade.

II.3. A evolução do ensino obrigatória nas Constituições Lusitanas

A história de afirmação dos deveres fundamentais nas Constituições Portuguesas está intrinsecamente ligada à evolução da proteção dos direitos fundamentais, confirmando o espírito do legislador constituinte lusitano em amalgamar na Constituição da República Portuguesa de 1976 uma Constituição dos Deveres para assegurar a Constituição dos Direitos Fundamentais. E isso não foi diferente em relação à afirmação da escolaridade obrigatórias nas Constituições portuguesas. Senão vejamos.

II.3.1. Constituição de 1822

Inaugurando a fase do constitucionalismo liberal, a Constituição Portuguesa de 1822, que sofrera decisiva influência da primeira Constituição espanhola de 1812⁴⁵⁹, acentuou o princípio da sujeição do cidadão às leis, revelado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, consagrando os deveres fundamentais no Título I (Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses), ao estabelecer no seu art. 19º que: “todo o Português deve ser justo. Os seus principais deveres são venerar a Religião; amar a pátria; defendê-la com as armas, quando for chamado pela lei: obedecer à Constituição e às leis; respeitar as Autoridades públicas; e contribuir para as despesas do Estado”.

⁴⁵⁹ Ensina JORGE MIRANDA, *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*, Lisboa, 2001, p. 14, que “a Constituição de 1822 tem por fonte directa e principal a Constituição de Cádiz, e, através dela ou subsidiariamente, as Constituições francesas de 1791 e 1795”. Prescrevera a Constituição de Cádiz, de 19 de março de 1812, entre outros artigos relativos aos deveres, o seguinte: “Art. 6º - Todo o espanhol deve ser fiel à Constituição, obedecer às leis e respeitar as autoridades constituídas; Art. 7º - Todo o espanhol sem distinção deve contribuir, em proporção dos seus haveres, para as despesas do Estado; Art. 8º - Todo o espanhol deve ainda defender a Pátria com as armas quando for chamado pela Lei”.

A Constituição de 1822, ao tratar sobre os estabelecimentos de instrução pública e de caridade (Capítulo IV)⁴⁶⁰, estabeleceu que em todos os lugares do reino, onde fosse necessário, haveria escolas suficientemente dotadas, em que se ensinasse a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar, e o catecismo das obrigações religiosas (artigo 237º), bem como seria livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público (artigo 239º).

II.3.2. Constituição de 1826

Já a Constituição de 1826 preconizava, no seu artigo 145º, que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos sem estabelecer a obrigatoriedade (§ 30º) e

⁴⁶⁰ Em relação ao ensino superior, desde a primeira Constituição Portuguesa, mesmo que não se tenha feito a expressa menção à palavra universidade, uma vez que, já no início do Século XIX, Portugal já possuía inúmeras instituições de ensino superior espalhadas pelo país, a Constituição Portuguesa de 1822 já estabelecia nos seus artigos 237º, 238º e 239º que em todos os lugares do reino, onde conviesse, haveria escolas suficientemente dotadas, em que fosse ensinado a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever, e contar, e o catecismo das obrigações religiosas e civis e que os estabelecimentos de instrução pública seriam para o ensino das ciências e artes. Foi, indubitavelmente, na Idade Média (1200-1220) que as Universidades adquiriram personalidade jurídica, através das “Constitutiones” e dos “Statutas”, traduzindo-se no espírito ecumênico e corporativo das novas Escolas, em que pese inúmeros estudos que consagram o seu aparecimento desde a Grécia Antiga. Os núcleos municipais italianos constituíram as formas mais próximas das “Universitas” dos séculos XII e XIII, marcadas pelas linhas bentista e cisteriana. Com efeito, o século XIII é, na Europa Ocidental, o século das Universidades e as primeiras instituições ligaram-se ao nascimento da ação cultural da Igreja nas zonas da Europa mais fortemente marcadas pelo Cristianismo e pelo Direito Romano. A primeira Universidade foi a de Bolonha (Itália), muito festejada pela excelente qualidade no ensino do Direito e cuja organização já se encontrava completa nos finais do século XII. A segunda foi a de Paris, cujos estatutos receberam aprovação papal em 1208 ou 1209. Consistiram, também, em pólos irradiadores fundamentais, as Universidades de Oxford e de Salamanca, como ensina JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *cit.*, pp. 18 e ss. Em Portugal, a fundação da primeira Universidade não está suficientemente documentada de modo a não se poder definir, precisamente, a data do início de suas atividades. Entretanto, no final do século XIII, muitos portugueses já tinham frequentado as Universidades espalhadas pela Europa e sabiam do papel que elas desempenhavam nas respectivas sociedades, consolidando, cada vez mais, o entusiasmo pela criação de uma Universidade Portuguesa. Para RÔMULO DE CARVALHO, *História do Ensino em Portugal*, 2001, pp. 43 e ss., o marco fundacional da Universidade Portuguesa seria 12 de Novembro de 1288, pois nesta data um grupo de prelados portugueses, das primeiras filas da hierarquia escolástica, encaminhara ao papa um documento informando-o que resolveram criar um “Estudo Geral” em Lisboa, que já havia sido autorizado pelo Rei D. Dinis, solicitando o seu beneplácito, e, cuja resposta, aprovando e abençoando a fundação da Universidade Portuguesa, só se fora conhecer quase dois anos depois, quando o estabelecimento já se encontrava em funcionamento normal. Há de se ressaltar, outrossim, que a gênese dos estabelecimentos do ensino superior lusitano é marcada pela transferência precoce do “Estudo Geral” da Cidade de Lisboa para a Cidade de Coimbra. Menos de vinte anos decorridos após a fundação do “Estudo Geral de Lisboa”, D. Dinis solicitou ao papa autorização para que transferisse as atividades do estabelecimento para Coimbra, vez que não considerava Lisboa um lugar apropriado para a sede de uma Universidade e justificava que a Cidade de Coimbra possuía uma posição geográfica privilegiada de grande beleza e amenidade, marcada pela tradição cultural do mosteiro de Santa Cruz e por ser distinguida como morada da Corte.

que seria garantido pelo Reino Português Colégios e Universidades⁴⁶¹, onde seriam ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes (§ 32º).

A Carta Constitucional de 1826 não fizera referência aos deveres fundamentais como a Carta anterior num Título próprio, entretanto mantivera os deveres fundamentais liberais de defesa da pátria e do pagamento de impostos nos seus art. 113º e art. 145º, § 14º⁴⁶².

II.3.3. Constituição de 1838

A Constituição de 1838 reafirmou os conteúdos relativos à instrução primária da Constituição anterior nos seus artigos 28º e 29º, também não expressando a obrigatoriedade da escolaridade, assim como mantivera os deveres fundamentais liberais de defesa da pátria e do pagamento de impostos nos seus artigos 24º e 119º⁴⁶³.

Sucedeu que a adoção da escolaridade obrigatória em Portugal foi feita, pela primeira vez, sob a sua égide, através do Decreto de 20 de setembro de 1844, assinado por Costa Cabral. A obrigatoriedade de frequência da instrução primária passou então a abranger todas as crianças entre os 7 e os 15 anos⁴⁶⁴.

II.3.4. Constituição de 1911

⁴⁶¹ A palavra universidade apareceu pela primeira vez, no âmbito do ordenamento constitucional português, na Constituição de 1826, no art. 145º, § 32º, ao garantir que seriam ensinados elementos de Ciências, Belas Letras e Artes nos Colégios e Universidades.

⁴⁶² Prescreveram os arts. 113º e 145º, § 14º o seguinte: “Art. 113º - Todos os Portugueses são obrigados a pegar em armas para sustentar a Independência, e Integridade do Reino, e defendê-lo de seus inimigos externos, e internos”; “Art. 145º (...), § 14º Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado, em proporção dos seus haveres”.

⁴⁶³ “Art. 24º - Ninguém é isento de contribuir, em proporção de seus haveres, para as despesas do Estado” e “Art. 119º - Todos os Portugueses são obrigados a pegar em armas para defender a Constituição do Estado, e a independência e integridade do Reino”

⁴⁶⁴ Cf. DAVID JUSTINO, *Escolaridade Obrigatória: Entre a Construção Retórica e a Concretização Política*, Coimbra, 2014, p. 110.

Pela primeira vez, no âmbito constitucional de Portugal, a Constituição de 1911⁴⁶⁵ preconizou, nos seus artigos 10º e 11º, que o ensino primário elementar seria obrigatório, gratuito e laico, assim como aquele ministrado nos estabelecimentos particulares.

II.3.5. Constituição de 1933

A Constituição de 1933⁴⁶⁶, por sua vez, prescrevera o dever fundamental dos pais de sustentarem, educarem e instruírem os filhos (artigos 13º, nº 4, e 42º), deixando bem claro que “o ensino primário elementar é obrigatório, podendo fazer-se no lar doméstico, em escolas particulares ou em escolas oficiais” (artigo 43º, §1º).

Influenciada pela Constituição de Weimar de 1919⁴⁶⁷, a Constituição Portuguesa de 1933, além de ter mantido e reconhecido novos deveres individuais, também afirmara diversos deveres fundamentais sociais em seus artigos, quais sejam: a) dever geral de respeito dos direitos das outras pessoas (artigos. 6º, nº 1, e 8º, § 1º); b) dever de responder acerca da religião que se professa em inquérito estatístico ordenado por lei (artigo. 8º, nº 3); c) dever de reparação de lesão efetiva causada a outrem (artigo. 8º, nº 17º); d) dever de respeito da integridade moral de outrem (Artigo. 8º, § 2º); dever de registro do casamento e do nascimento dos filhos (artigo. 12º, nº 3); dever da imprensa de inserir, em assuntos de interesse nacional, as notas oficiosas enviadas pelo Governo (artigo. 21º); dever dos funcionários públicos de acatar e fazer respeitar a autoridade do Estado, e dever semelhante dos servidores das autarquias locais, dos

⁴⁶⁵ A Constituição Republicana Portuguesa de 1911 não se manifestou quantos aos estabelecimentos de ensino superior. Sob a sua égide, em 9 de julho de 1964, foi decretado o aumento de quatro para seis anos da escolaridade obrigatória, o que incentivou a preparação dos professores do ensino primário e a construção de novas escolas para acolher o ciclo preparatório do ensino secundário.

⁴⁶⁶ Quanto ao ensino superior, a Constituição Salazarista de 1933, por sua vez, foi a primeira a estabelecer um Título específico sobre a Educação, Ensino e Cultura Nacional, preconizando que a educação e a instrução seriam obrigatórias e pertenceriam à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela (artigo 42º), assim como que o Estado manteria oficialmente escolas primárias, complementares, médias e superiores e institutos de alta cultura (artigo 43º).

⁴⁶⁷ A Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, foi dividida em duas partes: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda consigna declaração de direitos e deveres fundamentais, acrescentando aos deveres individuais, os deveres sociais indispensáveis ao bem-estar social. Sobre a proteção da família na Constituição de Weimar de 1919, cf. JORGE MIRANDA, *Sobre a relevância constitucional da família*, Porto, 2014, pp. 77-78.

organismos corporativos e de coordenação econômica, das pessoas coletivas de utilidade pública administrativa e das empresas de interesse coletivo (artigos. 22º e 23º); dever de prestar ao Estado e às autarquias locais cooperação e serviços em harmonia com as leis, e a contribuir, conforme os seus haveres, para os encargos públicos (artigo 26º); dever de colaboração mútua dos elementos da economia nacional corporativa (artigo 34º); dever de respeito da Constituição, da hierarquia e da ação coordenadora do Estado no desenvolvimento, ensino e propaganda das artes e das ciências (art. 43º, § 2º); dever de serviço militar (art. 54º).

II.3.6. Constituição de 1976

A Constituição da República Portuguesa de 1976⁴⁶⁸ estabelece que incumbe ao Estado assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito (artigo 74º, n.º 2, a).

Assim como as Constituições Brasileiras, as Cartas lusitanas⁴⁶⁹ passaram de uma proteção evasiva e tímida do ensino obrigatório para a construção de uma Constituição da educação, enfatizando a sua prestação com qualidade. Dois grandes objetivos têm orientado as políticas de educação há mais de 40 anos em Portugal:

⁴⁶⁸ A Constituição da República Portuguesa de 1976, embora tenha afirmado na sua Primeira Parte (os direitos e deveres fundamentais), não os sistematizou como fez em relação aos direitos. Ela informou como direitos-deveres ou poderes-deveres: a) deveres dos pais de educação e manutenção dos filhos (art. 36º, n.º 5); b) dever de sufrágio (art. 49º); c) dever de trabalhar (art. 58º, n.º 2); d) dever de defesa e promoção da saúde (art. 64º, n.º 1); e) dever de defesa do ambiente (art. 66º, n.º 1); f) dever de escolaridade básica (art. 74º, n.º 2, alínea a)); g) dever de preservação, defesa e valorização do património cultural (art. 78º, n.º 1); h) dever de defesa da pátria (art. 276º, n.º 1). Já como deveres fundamentais autônomos: a) dever de respeito pelos direitos dos outros e de obediência aos atos legítimos dos poderes públicos (arts. 21º e 27º, n.º 3, f)); b) dever de não uso da força privada (arts. 21º e 45º, n.º 1); c) dever de cooperação com o Provedor de Justiça dos agentes da Administração Pública (art. 23º, n.º 4); d) dever de pagar tributos (art. 106º, n.º 4); e) dever de recenseamento eleitoral (art. 116º, n.º 4); f) dever de obediência de funcionários e agentes (art. 271º, n.ºs 2 e 3); g) dever de isenção partidária dos elementos da Forças Armadas (art. 275º, n.º 4); h) dever de serviço militar (art. 276º, n.ºs 2 a 5).

⁴⁶⁹ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra, 2005, p. 741. Nesse sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1º a 107º)*, Coimbra, 2007, p. 918, defendem que a constitucionalização expressa da avaliação da qualidade do ensino impõe, através da mediação legislativa ou da fixação de regras pelas eventuais autoridades de regulação, “a publicação da *carteira de indicadores de qualidade* (recursos humanos, programas de qualificação dos docentes, sistemas de qualidade, projetos internacionais, indicadores financeiros, indicadores físicos, eficiência formativa, inserção profissional dos diplomados, excelência da investigação), bem como a elaboração de *catálogo de boas práticas* por cada instituição”.

proporcionar a todas as crianças e jovens o acesso à escola, por um lado, e o alargamento do número de anos de escolaridade, por outro lado⁴⁷⁰.

Houve mudança de perfil no ensino básico, de escola de elite para escola de massas, de seis anos, em 1964, para 09 anos, em 1986⁴⁷¹, e para 12 anos, em 2009⁴⁷².

Com efeito, a Lei n. 85/2009, de 27 de agosto, estabeleceu o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar com idades compreendidas entre os 06 (seis) e os 18 (dezoito) anos e consagrou a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 5 anos idade⁴⁷³.

⁴⁷⁰ MARIA DE LURDES RODRIGUES, *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 15, enfatiza que: “tais objetivos têm por base, para além da transmissão de valores e saberes necessários à vida social e política, o reconhecimento da centralidade da educação na modernização econômica do país e na promoção da mobilidade social”.

⁴⁷¹ MARIA DE LURDES RODRIGUES, *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 81 e 82, ensina que: “Pode considerar-se que o uso moderno do conceito de escolaridade básica obrigatória se inicia com o ministro da Educação José Veiga Simão. É em 1970 que se torna efectiva a obrigatoriedade de uma educação básica alargada e gratuita, com a duração de oito anos, associando-se a obrigatoriedade ao objectivo de generalizar níveis mais elevados de qualificação para todos os jovens. Mesmo depois do 25 de abril, mantém-se a influência modernizadora da reforma Veiga Simão na configuração do sistema educativo português até a revisão da Lei de Bases. Em 1986, com a aprovação da Lei de Bases do Sistema Educativo, a ambição e os objectivos actualizam-se para os 9 anos de escolaridade, sendo este o patamar mínimo de qualificação exigido para o acesso, por exemplo, a funções públicas. Tanto em 1964 como em 1970, e em 1986, o país ambicionava proporcionar a todas as crianças e jovens uma escolaridade mais longa. Faltavam porém as infraestruturas necessárias à sua concretização. Em qualquer destes momentos de actualização da escolaridade obrigatória, não existiam ainda os recursos físicos, humanos e pedagógicos. Isto é, as escolas, os professores, os programas de ensino, os manuais e os outros instrumentos e materiais pedagógicos necessários ao cumprimento dos objectivos estipulados. Por isso, durante várias décadas, a política educativa foi marcada pela necessidade de expansão de todo o sistema, com o objectivo de o dimensionar e de o adequar ao número sempre crescente de alunos”. Para MARIA DE LOURDES RODRIGUES, no programa do XVII Governo, em 2005, inscrevia-se o objetivo do alargamento da obrigatoriedade de frequência escolar ou de formação até os 18 anos, e “tal como havia acontecido em 1970 e em 1986, o período que se iniciava em 2005 justificava o uso do princípio da escolaridade obrigatório para acelerar uma mudança no sistema educativo, de modo a promover uma aproximação mais rápida às práticas dos restantes países da União Europeia”.

⁴⁷² Para MARIA DE LOURDES RODRIGUES, o prolongamento da escolaridade obrigatória exigiu consolidação de direitos sociais, principalmente para as famílias mais carentes e com menos recursos para sustentar o adiamento da entrada dos filhos no mercado de trabalho, razão pela qual só em 2009, no final do mandato do XVII Governo, a lei da escolaridade obrigatória prolongou-se até os 18 anos (*A escola pública pode fazer a diferença* Coimbra, 2010, p. 81).

⁴⁷³ MARIA DE LURDES RODRIGUES, *A escola pública pode fazer a diferença* Coimbra, 2010, p. 75, defende que a universalização da educação pré-escolar aos 5 anos assegura o princípio da igualdade de oportunidades.

Entretanto, em 03 de julho de 2015, foi publicada a Lei n. 65 que alterou a Lei n. 85/2009, para consagrar a universalidade da educação pré-escolar a partir dos 04 (quatro) anos de idade⁴⁷⁴.

O motivo do *alargamento da escolaridade obrigatória* foi a constatação de que a curta extensão da escolaridade obrigatória era a primeira das causas principais da baixa qualificação da população ativa a que acrescentava a fraca produtividade do sistema escolar, com elevado abandono escolar e muitos baixos níveis de aproveitamento.

Gradualmente, a escola passou de uma instituição fechada sobre si própria e destinada apenas a alguns, para uma instituição aberta ao exterior, procurando integrar e escolarizar todos os alunos, desenvolvendo estratégias pedagógicas e ofertas formativas diferenciadas para responder à heterogeneidade desse alunos e à diversidade das suas expectativas; renovando os conteúdos de ensino para responder às novas exigências

⁴⁷⁴ Artigo 2.º

Âmbito da escolaridade obrigatória

1 - Para efeitos do previsto no n.º 1 do artigo anterior, consideram-se em idade escolar as crianças e jovens com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos.

2 - O disposto no número anterior é também aplicável aos alunos abrangidos pelo disposto no Decreto-Lei n.º 3/2008, de 7 de Janeiro, alterado pela Lei n.º 21/2008, de 12 de Maio.

3 - A escolaridade obrigatória implica, para o encarregado de educação, o dever de proceder à matrícula do seu educando em escolas da rede pública, da rede particular e cooperativa ou em instituições de educação e ou formação, reconhecidas pelas entidades competentes, determinando para o aluno o dever de frequência.

4 - A escolaridade obrigatória cessa:

a) Com a obtenção do diploma de curso conferente de nível secundário da educação; ou

b) Independentemente da obtenção do diploma de qualquer ciclo ou nível de ensino, no momento do ano escolar em que o aluno perfaça 18 anos.

5 - Os procedimentos exigíveis para a concretização do dever de proceder à matrícula e respectiva renovação são definidos por despacho do membro do Governo responsável pela área da educação.

Artigo 3.º

Universalidade e gratuidade

1 - No âmbito da escolaridade obrigatória o ensino é universal e gratuito.

2 - A gratuidade prevista no número anterior abrange propinas, taxas e emolumentos relacionados com a matrícula, frequência escolar e certificação do aproveitamento, dispondo ainda os alunos de apoios no âmbito da acção social escolar, nos termos da lei aplicável.

3 - Os alunos abrangidos pela presente lei, em situação de carência, são beneficiários da concessão de apoios financeiros, na modalidade de bolsas de estudo, em termos e condições a regular por decreto-lei.

Artigo 4.º

Educação pré-escolar

1 - A educação pré-escolar é universal para todas as crianças a partir do ano em que atinjam os 4 anos de idade.

2 - A universalidade prevista no número anterior implica, para o Estado, o dever de garantir a existência de uma rede de educação pré-escolar que permita a inscrição de todas as crianças por ela abrangidas e o de assegurar que essa frequência se efectue em regime de gratuidade da componente educativa.

sociais como a da educação para a cidadania e a preparação dos jovens como cidadãos num mundo globalizado e mais cosmopolita.⁴⁷⁵.

Na verdade, o Projeto Regional do Mediterrâneo conduzido pela OCDE⁴⁷⁶, em 1959, até os dias atuais visou implementar a escolaridade obrigatória e a dualização do ensino – ensino liceal e ensino técnico. Houve o alargamento do ensino obrigatório, pois no relatório deste Projeto já afirmava-se a necessidade de alargamento da escolaridade obrigatória, mas também a necessidade de transferir para uma época mais tardia possível qualquer pretensão de especialização dos seus alunos, devendo preferencialmente fornecer-lhes sólida base de preparação que possam vir a adaptar às necessidades futuras. A medida mais importante dos trabalhos da PRM foi o *alargamento da escolaridade obrigatória*.

A democratização do acesso à educação e construção da escola de massas nos países que constituíram e integraram a OCDE⁴⁷⁷ ocorreu a partir do pós-guerra num tempo coincidente com a criação, crescimento e ação da própria organização, quer numa perspectiva de regulação, quer de transferência, difusão ou convergência das políticas públicas com a produção de documentos referenciais de recomendações.

Nesse sentido, em Portugal, VALTER LEMOS afirma que os mecanismos fundamentais utilizados pela OCDE em Portugal foram⁴⁷⁸:

a) na primeira fase, entre 1960 e 1980, a produção de dados e ideais, através do Projeto Regional do Mediterraneo (PRM), que traduz-se no primeiro grande programa de intervenção da OCDE, nomeadamente na relação entre educação e desenvolvimento económico e social, num período em que a situação portuguesa era marcada por uma *escolaridade obrigatória muito curta*, enormes desigualdades no acesso e situação política não democrática;

⁴⁷⁵ Cf. MARIA DE LURDES (Org). *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 15.

⁴⁷⁶ Sobre o processo de transnacionalização das políticas públicas de educação e a influência da OCDE ao longo do tempo em Portugal, quer do ponto de vista das ideias e do conteúdo, quer do ponto de vista dos processos da sua construção e implementação, cf. VALTER LEMOS, *A influência da OCDE nas políticas públicas de Educação em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2014.

⁴⁷⁷ Cf. VALTER LEMOS, *A influência da OCDE nas políticas públicas de Educação em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 6.

⁴⁷⁸ Cf. VALTER LEMOS, *A influência da OCDE nas políticas públicas de Educação em Portugal*. Coimbra, 2014, pp. 12 e ss.

b) na segunda fase, a avaliação de políticas, através do Exame da Política Nacional de Educação em 1983 e a aprovação, em 1986, da Lei de Bases do Sistema Educativo (LBSE), denominada fase de estabilização, com a *implementação da escolaridade obrigatória de nove anos*, o ensino técnico e profissional, a rede escolar, a transferência de responsabilidades para as autarquias e a formação e a carreira de professores.

c) na terceira fase, a partir de 1988 até a atualidade, com o lançamento do Projeto INES (*International Indicators and Evaluation Systems*), com uso de uma estratégia de *benchmarking* e metodologia que colocou os indicadores no centro da construção, análise e avaliação das políticas educacionais, quais sejam os relatórios *Education at a Glance* (EAG), publicado pela primeira vez em 1992 e que é publicado anualmente e o *Program for International Student Achievement* (PISA)⁴⁷⁹, publicado pela primeira vez em 2000 e de publicações de três em três anos (2000, 2003, 2006, 2009, 2012, 2015).

A OCDE define o PISA⁴⁸⁰ como “um compromisso dos governos na monitorização dos resultados dos sistemas educativos através da medição do aproveitamento dos alunos de forma regular e com uma matriz comum internacionalmente acordada. Tal visa providenciar uma nova base para o diálogo na definição de políticas e para a cooperação na formulação e implementação de objetivos educativos de forma inovadora que reflita a avaliação das capacidades que são necessárias à vida adulta”⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ A OCDE foi criada em 1961, substituindo a OECE (Organização Europeia de Cooperação Económica), criada em 1948, visando coordenar a aplicação do Plano Marshall, no sentido de reconstruir a Europa e estimular a cooperação entre os países. Possui, atualmente, 34 (trinta e quatro) países membros efetivos, mas tem como observadores cerca de 70 países. VALTER LEMOS, *A influência da OCDE nas políticas públicas de Educação em Portugal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 14, consigna que com o PISA houve, portanto, grande alteração da metodologia da OCDE relativa aos indicadores, passa a obtê-los dos próprios instrumentos da OCDE e não através de informações dos Estados membros.

⁴⁸⁰ Sobre o PISA, MARIA DE LURDES RODRIGUES, *A escola pública pode fazer a diferença* Coimbra, 2010, p. 14, atesta que o “PISA corresponde ao esforço mais consistente através do qual a OCDE procura obter resposta para as dúvidas sobre se os alunos têm hoje menos competências em matemática, língua materna e ciências, mas sobretudo sobre a adequação do nível das aprendizagens às necessidades da vida actual. A série de dados já obtida é insuficiente para estudos longitudinais, mas é muita rica nas comparações entre diferentes países; e, sobretudo, dá indicações precisas sobre as dimensões que devem ser objecto de intervenção nos diferentes sistemas educativos”.

⁴⁸¹ OEDC (2009), *PISA 2009 Assessment Framework: Key Competencies in Reading, Mathematics and Science*, Paris, OECD.

Para MARIA DE LOURDES RODRIGUES⁴⁸², podem ser concebidos objetivos globais e objetivos específicos para o alargamento da obrigatoriedade de frequência da escola ou da formação até aos 18 anos:

i) como objetivo globais, visa acelerar a generalização do ensino secundário como nível mínimo de qualificação dos jovens à entrada no mercado de trabalho;

ii) como objetivos específicos: “suster, a curto prazo, o abandono escolar precoce e tornar o nível secundário de educação a qualificação mínima de saída dos jovens do sistema de educação e formação; - desenvolver o apoio social e financeiro às famílias mais carenciadas, de modo a incentivar a permanência dos jovens no sistema de ensino, contrariando a pressão colocada sobre os orçamentos familiares no troço final dos trajectos escolares, incentivando, simultaneamente, a opção pela conclusão do secundário; - contrariar a atracção exercida pela procura de emprego, ainda que desqualificado, antes da conclusão do secundário e produzir efeitos dissuasores de estratégias de entrada precoce e sem qualificações no mercado de trabalho”.

II.4. O ensino obrigatório nos demais Estados de Língua Portuguesa

Diversas são as Constituições no mundo que expressam, de forma inequívoca, a necessidade de proteção ao ensino em seus diversos graus, mas nenhuma se equipara ao analítico e complexo sistema normativo brasileiro. Entre elas, faz-se necessário destacar as dos demais países de língua portuguesa, como a Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe de 1990 (artigos 31º ao 35); Constituição da República de Moçambique de 1990 (artigo 92º); Constituição da República de Cabo Verde de 1992 (artigo 77º); Constituição da República de Guiné-Bissau de 1993 (artigo 49º); a Constituição da República Democrática de Timor-Leste de 2002 (artigo 59º) e a Constituição da República de Angola de 2010 (artigo 80º).

A partir da meso-comparação constitucional⁴⁸³, ao estabelecer a comparação⁴⁸⁴, não de sistemas jurídicos globais, nem de institutos, mas de sistemas

⁴⁸² MARIA DE LOURDES RODRIGUES, *A escola pública pode fazer a diferença* Coimbra, 2010, p. 86.

jurídico-constitucionais nos seus traços fundamentais, estando em causa a observação conjunta e organizada dos Direitos Constitucionais que determinaram influências recíprocas noutros Direitos Constitucionais⁴⁸⁵, é inequívoca a identificação da decisiva influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 na *família das Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*⁴⁸⁶ no que tange ao tratamento relativo aos deveres fundamentais, nomeadamente, em relação ao dever de instrução obrigatório.

II.4.1. Angola

A Constituição da República de Angola, de 05 de fevereiro de 2010, consigna no Capítulo I, do Título II, invocando entre os princípios gerais, o princípio da universalidade, para justificar que os Direitos e Deveres fundamentais se estendem para os cidadãos que também estão no estrangeiro⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Sobre a meso-comparação constitucional, cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*. 4ª. Edição. Almedina, Lisboa, 2014, pp. 14 e ss.

⁴⁸⁴ JOSÉ MELO ALEXANDRINHO (coordenador). *Estudos sobre o constitucionalismo no mundo da língua portuguesa*, Volume I, Lisboa: AAFDL, 2015; JORGE MIRANDA e E. KAFF KOSTA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa comentadas: uma visão comparativa*, Curitiba, 2013. Sobre o direito constitucional comparado, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014, p. 19, leciona que: “em suma, o que o direito constitucional comparado procura é estudar criticamente os institutos jurídicos e as doutrinas constitucionais em cada sistema, verificando a função que aí cumprem e depois atestar em que medida essa função é cumprida em outros ordenamentos e quais as vantagens que poderiam decorrer da transposição de algumas doutrinas e de alguns institutos de um sistema jurídico-constitucional para outros sistemas jurídico-constitucionais. No fundo, oferece uma ferramenta essencial para os processos da governance que caracterizam a pós-modernidade sem ter necessariamente um procedimento uma metodologia bem estruturada”.

⁴⁸⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*, 4ª. Edição. Almedina, Lisboa, 2014, p. 16, atesta que “é habitual a formação de *famílias constitucionais*, em que os diversos sistemas se encaixam em função da sua filiação e em função das influências recebidas, deles depois ressaltando os respectivos contributos originais”.

⁴⁸⁶ Em relação ao Brasil, JORGE BACELAR GOUVEIA aponta na nota de rodapé 16 uma série de livros que tratam sobre a influência das Constituições portuguesas sobre as brasileiras.

⁴⁸⁷ Artigo 22º - (Princípio da universalidade)

1. Todos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias constitucionalmente consagrados e estão sujeitos aos deveres na Constituição e na lei.
2. Os cidadãos angolanos que residam ou se encontrem no estrangeiro gozam dos direitos, liberdades e garantias e da proteção do Estado e estão sujeitos aos deveres consagrados na Constituição e na lei.
3. Todos têm deveres para com a família, a sociedade e o Estado e outras instituições legalmente reconhecidas e, em especial, o dever de:
 - a) Respeitar os direitos, as liberdades e a propriedade de outrem, a moral, os bons costumes e o bem comum;
 - b) Respeitar e considerar os seus semelhantes sem discriminação de espécie alguma e manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos.

Dispõe sobre o dever de proteção ao meio ambiente (Artigo 39°)⁴⁸⁸ e o sobre o dever de trabalhar (Artigo 76°)⁴⁸⁹. Embora não estabeleça expressamente o dever de instrução obrigatório, consignou o *princípio do superior interesse da criança* quanto às políticas educacionais (Artigo 80°)⁴⁹⁰.

II.4.2. Cabo Verde

Ao tratar na Parte II sobre os Direitos e Deveres Fundamentais, a Constituição da República de Cabo Verde, de 25 de setembro de 1992, também estabeleceu o princípio da universalidade quanto aos deveres estabelecidos na Constituição para todos os cidadãos cabo-verdianos que residam ou se encontrem no estrangeiro que não sejam incompatíveis com a sua ausência do território nacional (Artigo 23°)⁴⁹¹, entretanto, de forma inovadora, preconiza o Título IV, dedicado unicamente aos Deveres Fundamentais, com quatro artigos: i) Deveres gerais (Artigo 83°)⁴⁹²; ii) Deveres para com seu semelhante (Artigo 84°)⁴⁹³; iii) Deveres para com a

⁴⁸⁸ Artigo 39° - (Direito ao ambiente)

1. Todos têm o direito de viver num ambiente sadio e não poluído, bem como o dever de o defender e preservar.

⁴⁸⁹ Artigo 76° - (Direito ao trabalho)

1. O trabalho é um direito e um dever de todos.

⁴⁹⁰ Artigo 80° - (Infância)

1. A criança tem direito à atenção especial da família, da sociedade e do Estado, os quais, em estreita colaboração, devem assegurar a sua ampla proteção contra todas as formas de abandono, discriminação, opressão, exploração e exercício abusivo de autoridade, na família e nas demais instituições.

2. As políticas públicas no domínio da família, da educação e da saúde devem salvaguardar o princípio do superior interesse da criança, como forma de garantir o seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e cultural.

3. O Estado assegura especial proteção à criança órfã, com deficiência, abandonada ou, por qualquer forma, privada de um ambiente familiar normal.

4. O Estado regula a adoção de crianças, promovendo a sua integração em ambiente familiar sadio e velando pelo seu desenvolvimento integral.

5. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar.

⁴⁹¹ Artigo 23° - Princípio da universalidade

1. Todos os cidadãos gozam dos direitos, das liberdades e das garantias e estão sujeitos aos deveres estabelecidos na Constituição.

2. Os cidadãos cabo-verdianos que residam ou se encontrem no estrangeiro gozam dos direitos, liberdades e garantias e estão sujeitos aos deveres constitucionalmente consagrados que não sejam incompatíveis com a sua ausência do território nacional.

⁴⁹² Artigo 83° - (Deveres gerais)

1. Todo o indivíduo tem deveres para com a família, a sociedade e o Estado e, ainda, para com outras instituições legalmente reconhecidas.

2. Todo indivíduo tem o dever de respeitar os direitos e liberdades de outrem, a moral e o bem comum.

⁴⁹³ Artigo 84° - (Deveres para com seu semelhante)

Nação e comunidade (Artigo 85º)⁴⁹⁴; iv) Deveres para com as autoridades (Artigo 86º)⁴⁹⁵.

Foi consignado a incumbência do Estado em garantir o ensino básico obrigatório, universal e gratuito, cuja duração será fixada em lei (artigo 78º)⁴⁹⁶, sendo que os pais têm o direito dever de orientar seus filhos, tendo em vista o desenvolvimento integral da personalidade das crianças e adolescentes e respeitando os direitos a estes legalmente reconhecidos (artigo 82, n.º 4)⁴⁹⁷, sendo proibido o trabalho de crianças em idade de escolaridade obrigatória (artigo 90, n.º 3)⁴⁹⁸.

II.4.3. Guiné-Bissau

A Constituição da República da Guiné-Bissau, de 26 de fevereiro de 1993, ao tratar sobre o direito da educação, demonstra como objetivo a erradicação do

Todo o indivíduo tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de espécie alguma, de manter com eles relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocas.

⁴⁹⁴ Artigo 85º - (Deveres para com a Nação e comunidade)

Todo o cidadão tem o dever de:

- a) Respeitar a Constituição e as leis;
- b) Ser fiel à Pátria e participar na sua defesa;
- c) Honrar e respeitar os símbolos nacionais;
- d) Promover a consolidação da unidade e coesão nacionais;
- e) Servir as comunidades e coletividades em que se integra e o país, pondo ao seu serviço as suas capacidades físicas, morais e intelectuais;
- f) Desenvolver uma cultura de trabalho e trabalhar, na medida das suas possibilidades e capacidades;
- g) Pagar as contribuições e impostos estabelecidos nos termos da lei;
- h) Contribuir ativamente para a preservação e a promoção do civismo, da cultura, da moral, da tolerância, da solidariedade, do culto da legalidade e do espírito democrático de diálogo e concertação;
- i) Defender e promover a saúde, o ambiente e o património cultural.

⁴⁹⁵ Artigo 86º - (Deveres para com as autoridades)

Todas as pessoas têm o dever de cumprir as obrigações estabelecidas por lei e de acatar as ordens, instruções ou indicações das autoridades legítimas, emitidas, com respeito pelos seus direitos, liberdades e garantias, nos termos da Constituição e da lei.

⁴⁹⁶ O artigo 78º trata sobre o direito à educação.

3. Para garantir o direito à educação, incumbe ao Estado, designadamente:

Garantir o ensino básico obrigatório, universal e gratuito, cuja duração será fixada por lei.

⁴⁹⁷ Artigo 82º trata sobre os direitos da família.

2. A paternidade e a maternidade são valores sociais eminentes.

3. Todos têm direito de constituir família.

4. Os pais têm o direito e o dever de orientar e educar os filhos em conformidade com as suas opções fundamentais, tendo em vista o desenvolvimento integral da personalidade das crianças e adolescentes e respeitando os direitos a estes legalmente reconhecidos.

5. Os filhos menores têm o dever de obedecer aos pais e de acatar a sua autoridade exercida nos termos do número 4.

⁴⁹⁸ Artigo 90º - (Infância)

3. É proibido o trabalho de crianças em idade de escolaridade obrigatória.

analfabetismo (artigo 16º)⁴⁹⁹, tendo estabelecido no Título II, Dos Direitos, Liberdades, Garantias e Deveres Fundamentais, os deveres dos cônjuges quanto a educação dos filhos (artigo 26º)⁵⁰⁰ e o *dever da educação* de todo e qualquer cidadão (artigo 49º)⁵⁰¹.

II.4.4. Moçambique

Por sua vez, a Constituição da República de Moçambique, de 22 de dezembro de 2004, estabelece o princípio da universalidade e da igualdade quanto à sujeição dos deveres fundamentais (artigo 35º)⁵⁰², o dever de respeitar a Constituição (artigo 38º)⁵⁰³; os deveres para com seus semelhantes (artigo 44º)⁵⁰⁴; os deveres para com a comunidade (artigo 45º)⁵⁰⁵; os deveres para com o Estado (artigo 46º)⁵⁰⁶; o dever de trabalhar (artigo 84º)⁵⁰⁷.

⁴⁹⁹ Artigo 16º

1. A educação visa a formação do homem. Ela deverá manter-se estreitamente ligada ao trabalho produtivo, proporcionar a aquisição de qualificações, conhecimentos e valores que permitam ao cidadão inserir-se na comunidade e contribuir para o seu incessante progresso.

⁵⁰⁰ Deveres dos cônjuges quanto aos filhos

Artigo 26º

3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.

⁵⁰¹ Artigo 49º

1. Todo o cidadão tem o direito e o dever da educação.

2. O Estado promove gradualmente a gratuidade e a igual possibilidade de acesso de todos os cidadãos aos diversos graus do ensino.

⁵⁰² Artigo 35º - (Princípio da universalidade e igualdade)

Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.

⁵⁰³ Artigo 38º - (Dever de respeitar a Constituição)

1. Todos os cidadãos têm o dever de respeitar a ordem constitucional.

2. Os atos contrários ao estabelecido na Constituição são sujeitos à sanção nos termos da lei.

⁵⁰⁴ Artigo 44º - (Deveres para com seus semelhantes)

Todo o cidadão tem o dever de respeitar e considerar os seus semelhantes, sem discriminação de qualquer espécie, e de manter com eles que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito, a tolerância recíproca e a solidariedade.

⁵⁰⁵ Artigo 45º - (Deveres para com a comunidade)

Todo o cidadão tem o dever de:

- a) servir a comunidade nacional, pondo ao seu serviço as suas capacidades físicas e intelectuais;
- b) trabalhar na medida das suas possibilidades e capacidades;
- c) pagar as contribuições e impostos;
- d) zelar, nas suas relações com a comunidade pela preservação dos valores culturais, pelo espírito de tolerância, de diálogo e, de uma maneira geral, contribuir para a promoção e educação cívica;
- e) defender e promover a saúde pública;

Quanto à educação, a Constituição moçambicana pontua que constitui direito e dever de cada cidadão (artigo 88º)⁵⁰⁸, esclarecendo o dever da família e o do Estado em assegurarem a educação da criança, formando-a nos valores da unidade nacional, no amor à pátria, igualdade entre homens e mulheres, respeito e solidariedade social (artigo 113º⁵⁰⁹ e artigo 120º⁵¹⁰), sendo proibido o trabalho de crianças quer em idade de escolaridade obrigatória quer em qualquer outra (artigo 121º, n. 4)⁵¹¹.

Além disso, em Moçambique, os tribunais exercem a função jurisdicional e educacional, no sentido de educar os cidadãos e a administração pública no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social (artigo 213º)⁵¹².

II.4.5. São Tomé e Príncipe

f) defender e conservar o ambiente;

g) defender e conservar o bem público e comunitário.

⁵⁰⁶ Artigo 46º - (Deveres para com o Estado)

1. Todo o cidadão tem o dever de contribuir para a defesa do país.
2. Todo o cidadão tem, ainda, o dever de cumprir as obrigações previstas na lei e obedecer às ordens emanadas das autoridades legítimas, emitidas nos termos da Constituição e com respeito pelos seus direitos fundamentais.

⁵⁰⁷ Artigo 84º - (Direito ao trabalho)

1. O trabalho constitui direito e dever de cada cidadão.

⁵⁰⁸ Artigo 88º - (Direito à educação)

1. Na República de Moçambique a educação constitui direito e dever de cada cidadão.
2. O Estado promove a extensão da educação à formação profissional contínua e a igualdade de acesso de todos os cidadãos ao gozo deste direito.

⁵⁰⁹ Artigo 113º - (Educação)

1. A República de Moçambique promove uma estratégia de educação visando a unidade nacional, a erradicação do analfabetismo, o domínio da ciência e da técnica, bem como a formação moral e cívica dos cidadãos.
5. O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.

⁵¹⁰ Artigo 120º - (Maternidade e paternidade)

1. A maternidade e a paternidade são dignificadas e protegidas.
2. A família é responsável pelo crescimento harmonioso da criança e educa as novas gerações nos valores morais, éticos e sociais.
3. A família e o Estado asseguram a educação da criança, formando-a nos valores da unidade nacional, no amor à pátria, igualdade entre homens e mulheres, respeito e solidariedade social.
4. Os pais e mães devem prestar assistência aos filhos dentro e fora do casamento.

⁵¹¹ Artigo 121º - (Infância)

(...)

4. É proibido o trabalho de crianças quer em idade de escolaridade obrigatória quer em qualquer outra.

⁵¹² Artigo 213º - (Função educacional)

Os tribunais educam os cidadãos e a administração pública no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social.

Em relação aos deveres fundamentais, a Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe, de 20 de setembro de 1990, estabelece a igualdade de direitos e de deveres entre os cidadãos timorenses, conforme estabelece o artigo 15º, n.º 1⁵¹³, que trata sobre o princípio da igualdade, como no art. 5º, inciso I da CF/88.

Estabelece a Constituição timorense os deveres de cidadania⁵¹⁴, no artigo 21º⁵¹⁵, explicitando também que os direitos fundamentais têm limites.

Sobre ensino, preconiza no Título II – Dos Direitos pessoais, no artigo 26º, que trata sobre “Família, casamento e filiação”, a Constituição timorense diz no n.º 3 que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos” e no n.º 5 que “os pais têm direito e dever de educação e manutenção dos filhos”.

Ressalta a Constituição timorense no artigo 31º o direito de aprender e a liberdade de ensinar⁵¹⁶.

Trata sobre o ensino básico obrigatório e gratuito no artigo 55º⁵¹⁷, que versa sobre Educação.

Entre os deveres cívico-políticos, a Constituição timorense estabelece os deveres com a defesa nacional (artigo 64º)⁵¹⁸ e o dever de recolher tributos (artigo 65º)⁵¹⁹.

⁵¹³ Artigo 15º

Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de origem social, raça, sexo, tendência política, crença religiosa ou convicção filosófica.

⁵¹⁴ Dever de trabalhar

Artigo 42º - Direito ao trabalho

2. O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho.

Dever de proteger o meio ambiente.

⁵¹⁵ Artigo 21º - Deveres e limites aos direitos

Os cidadãos têm deveres para com a sociedade e o Estado, não podendo exercer os seus direitos com violação dos direitos dos outros cidadãos e desrespeito das justas exigências da moral, da ordem pública e da independência nacional definidas em lei.

⁵¹⁶ Artigo 31º - Direito de aprender e liberdade de ensinar

É garantido o direito de aprender a liberdade de ensinar.

O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, políticas, ideológicas ou religiosas

1. Todos têm direito à habitação e a um ambiente de vida humana e o dever de o defender.

⁵¹⁷ A educação, como direito reconhecido a todos os cidadãos, visa a formação integral do homem e a sua participação ativa na comunidade.

Compete ao Estado promover a eliminação do analfabetismo e a educação permanente, de acordo com um sistema nacional de ensino.

O Estado assegura o ensino básico obrigatório e gratuito.

O Estado promove gradualmente a igual possibilidade de acesso aos demais graus de ensino.

É permitido o ensino através de instituições particulares, nos termos da lei.

Sobre o dever de participação política dos cidadãos, transcrevendo a Constituição da República Portuguesa de 1976⁵²⁰, a Constituição timorense trata no seu artigo 66º que “A participação e o envolvimento direto e ativo dos cidadãos na vida política constitui condição fundamental de consolidação da República”.

II.4.6. Timor-Leste

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste, de 2002, prevê o princípio da universalidade e igualdade do dever de sujeição dos cidadãos (artigo 16º)⁵²¹; dever de defesa da soberania (artigo 49º)⁵²²; dever de trabalhar (artigo 50º)⁵²³.

Quanto à educação, o legislador constituinte timorense também deixou bem claro o dever de instrução obrigatório universal e gratuito (artigo 59º)⁵²⁴, e assim como na Constituição da República Portuguesa, de 1976, o dever de participação política dos

⁵¹⁸ Artigo 64º - Deveres com a defesa nacional

1. É honra e dever supremo do cidadão participar na defesa da soberania, independência e integridade territorial do Estado.
2. Todo o cidadão tem o dever de prestar serviço militar, nos termos da lei.

⁵¹⁹ Artigo 65º - Impostos

1. Todos os cidadãos têm o dever de contribuir para as despesas públicas, nos termos da lei.

⁵²⁰ Artigo 109º - (participação política dos cidadãos) A participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos”.

⁵²¹ Artigo 16º - (Universalidade e igualdade)

1. Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres.

⁵²² Artigo 49º - (Defesa da soberania)

1. Todo o cidadão tem o direito e o dever de contribuir para a defesa da independência, soberania e integridade territorial do país.

⁵²³ Artigo 50º - (Direito ao trabalho)

1. Todo o cidadão, independentemente do sexo, tem o direito e o dever de trabalhar e escolher livremente a profissão.

⁵²⁴ Artigo 59º - (Educação e cultura)

1. O Estado reconhece e garante ao cidadão o direito à educação e à cultura, competindo-lhe criar um sistema de ensino básico universal, obrigatório e, na medida de das suas possibilidades, gratuito, nos termos da lei.

2. Todos têm direito à igualdade de oportunidades de ensino e formação profissional.

3. O Estado reconhece e fiscaliza o ensino privado e cooperativo.

4. O Estado deve garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística.

5. Todos têm direito à fruição e à criação culturais, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural.

cidadãos como condição e instrumento fundamental do sistema democrático (artigo 63º)⁵²⁵.

⁵²⁵ Artigo 63º - (Participação política dos cidadãos)

1. A participação direta e ativa de mulheres e homens na vida política constitui condição e instrumento fundamental do sistema democrático.

Capítulo III -Fundamentos Constitucionais do ensino obrigatório

III.1. Constituição e os microssistemas constitucionais

O sistema jurídico é constituído por princípios e regras jurídicas, distinguindo-se de outros sistemas normativos por um critério próprio de validade aplicável a esses princípios e a essas regras⁵²⁶.

O papel do sistema é o de refletir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, observando-se que o sistema, devendo exprimir a unidade aglutinadora das normas singulares, não pode, pelo que lhe toca, consistir apenas em normas; antes deve apoiar-se nos valores que existam por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos⁵²⁷.

Sucede que toda e qualquer Constituição traduz-se num sistema jurídico⁵²⁸ que integra dois ou mais microssistemas jurídicos, ou seja, microconstituições que se confluem e que vem a formar a Lei Fundamental. A Constituição Brasileira da Educação, como será observado, não se limita à Seção I do Capítulo III do Título VIII da Constituição Federal de 1988, mas está dispersa em todo o texto constitucional.

526 Sobre a construção do sistema jurídico, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, 2013, pp. 239 e segs., defende que todo e qualquer sistema tem três características: i) comporta um conjunto de elementos; ii) diferencia-se do meio ambiente e outros sistemas através de critérios próprios de pertença dos seus elementos e iii) como todo e qualquer sistema exige consistência.

527 Cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema ciência do direito*, Lisboa, 2002, pp. 22-41.

528 Para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *cit.*, p. 240, o “conjunto dos princípios e das regras aplicáveis num sistema é maior do que o conjunto dos princípios e das regras que pertencem a esse sistema. Esta conclusão decorre da circunstância de que, atendendo às regras relativas à aplicação da lei no tempo e no espaço, num sistema podem ser aplicadas quer leis que já deixaram de vigorar nesse sistema, quer leis que pertencem a sistemas jurídicos estrangeiros”.

III.1.1.1. A relação entre sobreprincípios e subprincípios constitucionais

Entre os princípios⁵²⁹ e as regras constitucionais, os princípios “têm a hierarquia normativa das regras que os consagram ou das regras dos quais eles são inferidos. Portanto, não é a hierarquia axiológica que determina a hierarquia normativa, mas precisamente o contrário; é pelo grau hierárquico atribuído pelo legislador ao princípio que se descobre a sua hierarquia axiológica”⁵³⁰.

Entretanto, é indiscutível que existe uma relação de abrangência normativa entre os princípios constitucionais, sendo denominados aqueles de maior alargamento os sobreprincípios e aqueles que apresentam menor campo normativo de subprincípios⁵³¹. Os sobreprincípios constitucionais são os princípios fundamentais – princípios gerais - que definem e caracterizam o Estado e são densificados por subprincípios que possuem núcleos autónomos. Os princípios gerais de direito têm quatro características: a) não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou contradição; b) não têm a pretensão de exclusividade; c) ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e d) precisam, para a sua realização, de uma

⁵²⁹ NORBERTO BOBBIO, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1999, pág. 158, enfatiza que: “os princípios são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim, não há dúvidas: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais e não flores ou estrelas? Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, para regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”.

⁵³⁰ Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, 2013, p. 239.

⁵³¹ Existem princípios cuja efetividade depende de outros princípios. Ora, se o ordenamento consiste num sistema, os princípios se interligam, interagem, dependem um do outro a todo instante. A ideia de sobreprincípio para ter coerência não significa que um princípio seja superior a outro, mas cuja efetividade depende do reconhecimento do outro. Há princípios que se irradiam, densificam-se, diretamente, em outros, v. g., princípio do devido processo legal, princípio da igualdade, princípio da juridicidade, princípio da segurança jurídica, princípio da efetividade jurisdicional etc. Ao ser violado o princípio do juiz natural, inequivocamente, também estará a ser confrontado o princípio do devido processo legal, entretanto, este pode ser desrespeitado sem haver vilipêndio imediato daquele. Atualmente, há no mercado editorial brasileiro mais um exercício físico de utilização de dicionários em renomear os princípios já existentes do que reflexões aprofundadas sobre a noção de princípios, em menosprezo à capacidade intelectual da comunidade jurídica.

concretização através de subprincípios e valores singulares, com conteúdo material próprio⁵³².

Como já relatado anteriormente, o poder constituinte, por exemplo, consiste num princípio geral por excelência, resultado duma confluência⁵³³ de sobreprincípios constitucionais que revelam os interesses do seu titular⁵³⁴, traduzida numa norma-princípio que é densificada pelos princípios fundamentais do texto constitucional.

III.1.1.2. Princípios e regras constitucionais

Em que pesem as severas críticas sobre o obscurecimento da discussão⁵³⁵ em torno das diferenças das normas princípios e das normas regras em razão da aceitação e aplicação contínua dos ensinamentos de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY, aparentadas pela aproximação da Filosofia do Direito ao Direito Constitucional, suas obras foram decisivas para a compreensão dos sistemas jurídicos contemporâneos, marcados pela simbiose de modelos historicamente contrapostos, como o Common Law e o Direito romano-germânico, e o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, promovendo uma confluência de opostos que resultou no constitucionalismo principialista ou neoconstitucionalismo⁵³⁶, bastante criticado, mas, hoje, ainda, predominante na teoria constitucional⁵³⁷.

⁵³² CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, cit., p. 88.

⁵³³ Para JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, cit., pág. 254, a função ordenadora dos princípios é revelada, principalmente, em momentos revolucionários, quando, através dos princípios e não através de precários preceitos escritos, assenta diretamente a vida jurídico-política do país. Os princípios exercem, portanto, uma ação imediata enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformar as relações político-constitucionais, admitindo ou postulando desenvolvimentos, concretizações, densificações ou realizações variáveis.

⁵³⁴ Impende ressaltar a opinião de JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 88, ao acreditar que a entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade – força política ou social, movimento militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo – que toma a decisão de inflectir a ordem preexistente e assume a inerente responsabilidade histórica.

⁵³⁵ Nesse sentido HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003, p. 120, divide as normas jurídicas em normas-princípio, normas-regra e normas-postulados, vez que estas últimas não passariam, na verdade, de densificações das próprias normas-princípio.

⁵³⁶ Cf. DANIEL SARMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, São Paulo, Coimbra, 2009, p. 42. O autor também aponta a importância das regras e dos princípios para o sistema jurídico: “as regras são indispensáveis, entre outras razões, porque geram maior previsibilidade e

III.1.1.2.1. RONALD DWORKIN

Para RONALD DWORKIN (1931-2013), “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁵³⁸.

Nesse sentido, defende DWORKIN que os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais. A efetividade dos princípios não é resultado de uma operação meramente formal e alheia a considerações de ordem moral. Os princípios terminam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular.

Para este eminente filósofo norte-americano, os princípios e as regras estabelecem *standards* que apontam decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas distinguem-se quanto ao caráter de direção que estabelecem. Enquanto as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada (*all or nothing* - se ocorrem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão), os princípios possuem dimensão de peso, o que influirá na solução de

segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto, envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é”. Acrescenta: “os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao direito – o que é essencial numa sociedade hipercomplexa como a nossa – e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo jurídico subjacente”. Esta equivalência entre regras e princípios encontra a concordância de Daniel Sarmento, quando afirma que “um sistema jurídico funcional, estável e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito precisa tanto da aplicação de regras como de princípios”.

⁵³⁷ Em sentido contrário ao constitucionalismo principialista, LUIGI FERRAJOLI, *A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, São Paulo, 2015.

⁵³⁸ RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, 2002, p. 39.

conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Já em relação às regras, por não apresentarem dimensão de peso, suas colisões serão resolvidas pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios do próprio ordenamento jurídico.

III.1.1.2.2. ROBERT ALEXY

A teoria do valor normativo dos princípios de ROBERT ALEXY consiste na concepção de que os princípios jurídicos designam apenas uma modalidade de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Nesse sentido, ROBERT ALEXY sustenta que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”⁵³⁹.

Os princípios seriam, pois, mandados de otimização, enquanto as regras mandatos definitivos, uma vez que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso, o que significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes, de acordo com a necessária ponderação entre o princípio a ser satisfeito e os demais princípios do sistema, enquanto as regras são normas que sempre devem ser aplicadas, exceto se o próprio sistema normativo contiver exceções à sua incidência. Se uma regra é válida e aplicável, então está ordenado fazer exatamente o que ela exige. Sua aplicação é, pois,

⁵³⁹ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1997, p. 83, sustenta que: “las reglas como los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”.

uma questão de tudo ou nada, e sua técnica de atuação é a subsunção, enquanto os princípios se submetem a uma ponderação⁵⁴⁰.

III.1.1.2.3. MARCELO NEVES

Já para MARCELO NEVES⁵⁴¹, as normas constitucionais podem ser de três espécies, *princípios*, *regras* ou *híbridos*, consoante sejam ou não “regras imediatamente finalísticas”: (i) se não forem razões definitivas para uma norma de decisão de questões jurídicas, devem ser tratados como princípios; (ii) se forem normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, trata-se de regras; (iii) se não for possível enquadrá-las em nenhuma destas categorias, são os híbridos. Estas normas híbridas reúnem características de princípios e de regras.

NEVES compreende que princípios e regras não estão hierarquizados e que são igualmente relevantes para a coerência e adequação social do sistema jurídico - a coexistência referencial entre regras e princípios serve para enfrentar o *paradoxo da justiça*: de uma lado, as regras preservam a consistência jurídica, associada primariamente à argumentação formal com base em regras; de outro, a adequação social do direito, vinculada primariamente à argumentação substantiva com base em princípios.

Nessa linha, MARCELO NEVES destaca que na sociedade complexa de hoje, princípios e regras não podem ser compreendidos como elementos hierarquizados (inexistência de uma hierarquia linear): os dois são igualmente importantes para a

⁵⁴⁰ O mérito da teoria alexiana, na esteira da teoria das normas de DWORKIN, foi de haver incorporado os princípios à categoria de norma jurídica diretamente aplicável, garantindo-lhes uma eficácia que o positivismo sempre lhes negara. Para ALEXY, os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e a ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto. Já o conflito entre regras, é solucionado com critérios de especialidade entre elas ou com o reconhecimento da invalidade de uma ou de algumas das regras confrontadas, permitindo que seja identificada aquela que regulará a situação concreta. Há exclusão das regras. Enquanto o conflito entre regras são dirimidos na dimensão da validade, os conflitos entre princípios são dirimidos pelo peso. A diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau. Logo, a diferença entre princípios e regras é melhor identificada a partir da visualização da espécie de solução exigida para os casos de colisão.

⁵⁴¹ MARCELO NEVES, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, 2ª Ed., São Paulo, 2014.

consistência jurídica do sistema e para a adequação social das decisões deste sistema. De um lado, os princípios permitem enfrentar a alta complexidade das questões atuais; do outro, as regras fecham o sistema, reduzindo a complexidade das decisões a partir da aplicação da solução estruturada pela aplicação dos princípios. Apesar de apresentarem vantagens e desvantagens, princípios e regras são necessários para um sistema coeso e socialmente adequado.

III.1.1.2.4. LUIGI FERRAJOLI

Ao contrário da classificação de DWORKIN e ALEXY, FERRAJOLI defende que a maior parte dos direitos fundamentais são *princípios regulativos*: de um lado, estabelecem um princípio; de outro, a mesma norma estabelece uma regra. Para ele, “princípios e regras, no caso dos princípios regulativos, não são normas distintas, ou pior, contrapostas, mas são uns a face oposta das outras”⁵⁴².

FERRAJOLI acredita que com esta diferenciação evitam-se os problemas decorrentes da tese principialista de que os direitos fundamentais são apenas princípios, que obedecem ao juízo de ponderação: “*Compreende-se a enorme relevância prática, além de teórica, de toda a questão. A tese principialista de que os direitos fundamentais*

⁵⁴² LUIGI FERRAJOLI, *A democracia através dos direitos – o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, São Paulo, 2015, pp. 124-125, afirma que: “esta ambivalência dos princípios regulativos consente, portanto, evidenciar o seu duplice papel normativo, em condições de satisfazer as diferentes exigências impostas pelas duas diversas concepções – a principialista e a garantista – do constitucionalismo. Enquanto princípios, eles operam como argumentos nas motivações da interpretação judiciária ou da política legislativa. Disso decorre a sua função chamada ‘normogenética’, isto é, a sua capacidade de justificar outras regras, sejam elas explícitas ou implícitas. Exatamente pelo fato de exprimirem a razão de ser das normas das quais constituem enunciados, é sobretudo neles, ainda mais se de hierarquia constitucional, em que se baseia a argumentação racional. Mas enquanto regras eles se aplicam ou se concretizam. Daí a sua normatividade forte e o seu papel garantista como normas rigidamente vinculantes em relação à jurisdição e à legislação. De resto, também as normas formuladas em forma de regras, mesmo quando são utilizadas como argumentos interpretativos, são colocadas em relevo e recordadas com base na sua razão de ser, ou seja, nos princípios que estão nas suas origens. Pode-se mesmo afirmar que assim como todo princípio regulativo é aplicável como regra às suas violações, por trás de toda regra não insensata – da proibição de estacionar em local proibido à punição do homicídio – existe normalmente um princípio utilizável na argumentação. A argumentação, em suma, é sempre realizada por intermédio de princípios, enquanto a aplicação é sempre das regras correspondentes. E se é verdade que toda aplicação supõe normalmente uma argumentação por intermédio de princípios, é também verdade que toda argumentação é finalizada à aplicação de uma regra. Princípios e regras, no caso dos princípios regulativos, não são normas distintas, ou pior, contrapostas, mas são uns a face oposta das outras”.

e o princípio da igualdade estabelecidos nas Constituições – isto é as normas substanciais mais importantes sobre a produção legislativa – são (somente) princípios e não (também) regras, objeto de ponderação ou balanceamento e não de aplicação por obra dos legisladores e dos juízes constitucionais, serve, de fato, para enfraquecer a normatividade das Constituições, para favorecer uma imprópria autonomia da legislação e da jurisdição para além das margens ordinárias de discricionariedade da primeira e de contestabilidade da atividade interpretativa da segunda e, por isto, a contradizer os dois fundamentos, por assim dizer estruturais, do paradigma constitucional do Estado de direito: de um lado, a hierarquia das fontes e a colocação da Constituição no vértice do ordenamento enquanto conjunto de normas vinculantes para todos os poderes constituídos, dado que a ponderação legislativa e a judiciária se resolvem na escolha, ainda que argumentada, dos princípios constitucionais caso a caso tidos como mais ‘preponderantes’ em relação àqueles considerados menos preponderantes; de outro lado, a separação dos poderes e a sujeição dos juízes à lei, uma e outra ofuscadas pelo papel criativo do direito assinalado pela ponderação à função judiciária, transformada em uma fonte em contradição, nos nossos ordenamentos de civil law, com o princípio da legalidade enquanto única norma de reconhecimento do direito vigente”⁵⁴³.

III.1.1.2.5. JORGE MIRANDA

Em síntese, sobre a diferença entre os princípios e as regras, podemos adotar a contundente e didática classificação de JORGE MIRANDA que considera que os princípios:

- a) são anteriores aos preceitos;
- b) aproximam-se mais da idéia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- c) quanto à amplitude, têm maior grau de generalidade ou de indeterminação;

⁵⁴³ FERRAJOLI, *ob. cit.*, pp. 127-128.

- d) irradiam-se para vasto números de regras;
- e) há susceptibilidade de conteúdo com densificações variáveis no decorrer do tempo;
- f) são normas abertas, sem pretensão de regulamentação exaustiva;
- g) são expansivos, na medida em que não são absorvidos ou se esgotam com casos novos;
- h) a sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca;
- i) permitem oferecer critérios de solução a uma pluralidade de problemas⁵⁴⁴.

E de preceito para princípio e de princípio menor para princípio maior, a Constituição auto-irroga-se a virtude da unidade sistémica através do exercício do poder constituinte⁵⁴⁵.

III.2. Constituição da Educação e seus microssistemas constitucionais

Entre os *microssistemas constitucionais* que integram a Ordem Social (Título VIII da Constituição Federal Brasileira de 1988) – Constituição da Seguridade Social (artigos 194 ao 204), Constituição da Saúde (artigos 196 ao 200), Constituição da Assistência Social (artigos 203 e 204), Constituição da Cultura (artigos 215 e 216),

⁵⁴⁴ As características das normas-princípio assinaladas por JORGE MIRANDA, *op. cit.*, págs. 252-53, podem ser atribuídas ao princípio do poder constituinte, vez que ele se traduz numa norma que antecede aos preceitos; aproximam-se mais da ideia de Direito ou dos valores do ordenamento; possui alto grau de generalidade ou de indeterminação; irradia-se para vasto números de regras; há susceptibilidade de conteúdo com densificações variáveis no decorrer do tempo; é norma aberta, sem pretensão de regulamentação exaustiva e é expansivo, na medida em que não são absorvidos ou se esgotam com casos novos. Assim como, os critérios sugeridos (grau de abstracção, grau de determinabilidade, carácter de fundamentabilidade, proximidade da ideia de direito, natureza normogenética) por GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, pág. 1160-61, ao diferenciar as normas-regra das normas-princípios, também se adequam à natureza principiológica normativa do poder constituinte.

⁵⁴⁵ Para CARLOS AYRES BRITTO, *cit.*, págs. 24 e 170, foi a vontade colectiva de embutir nas Constituições regras e subprincípios densificadores de princípios materiais de superior envergadura (axiológica e funcionalmente) que as Magnas Cartas passaram também a normatizar assuntos que até então eram próprios de outros ramos jurídico-positivos, fenómeno que denomina de *supereficácia das normas-princípio* ao lado da crescente constitucionalização do direito infraconstitucional.

Constituição do Desporto (artigo 217), Constituição da Ciência e Tecnologia (artigos 218 e 219), Constituição da Comunicação Social (artigos 220 e 224), Constituição do Meio Ambiente (artigo 225), Constituição da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso (artigos 226 a 230), Constituição dos Índios (artigos 231 e 232) - está a *Constituição da Educação*, que ultrapassa largamente os artigos 205 ao 214, sendo que o *único direito-dever* que o legislador constituinte tratou, *expressamente*, como *direito público subjetivo foi o ensino obrigatório* (artigo 208, § 1º da CF/88)⁵⁴⁶.

Ocorre que a Constituição da Educação, por sua vez, abrange dois microssistemas constitucionais, correspondendo ao *Sistema Constitucional do Ensino Básico* e o *Sistema Constitucional do Ensino Superior*⁵⁴⁷, que integram o Sistema Nacional de Ensino e possuem princípios e regras constitucionais próprios, mas que são submetidos aos mesmos princípios gerais (artigo 206 da CF/88⁵⁴⁸), que acabam por ser reafirmados na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – Lei nº 9.394/96 (artigo 3º)⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

⁵⁴⁷ Sobre os princípios constitucionais que regem o ensino superior, cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Fundamentos constitucionais do ensino superior. 40 anos de Políticas de Ciência e de Ensino Superior*, Coimbra, 2015. pp. 521-538.

⁵⁴⁸ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
VII - garantia de padrão de qualidade.
VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

⁵⁴⁹ Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
VII - valorização do profissional da educação escolar;
VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
IX - garantia de padrão de qualidade;
X - valorização da experiência extra-escolar;

III.2.1. Regime jurídico de proteção do ensino obrigatório

Ao dever fundamental de instrução obrigatória deve ser aplicado o regime especial de proteção aos direitos fundamentais – o regime dos direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação política e dos trabalhadores e aos direitos fundamentais de natureza análoga (artigo 17º da CRP) e não o regime geral⁵⁵⁰.

Cumpramos ressaltar que o legislador constituinte português estabeleceu um sistema jurídico dualista na proteção dos direitos fundamentais:

I) Um regime geral, que é aplicável a todos os direitos fundamentais, e, consequentemente, aos direitos sociais, em que se garantiu:

a) O respeito expresso aos princípios da universalidade (art. 12º), da igualdade (art. 13º) e de acesso ao direito e da tutela jurisdicional efetiva (art. 20º);

b) A limitação material ao poder de revisão aos direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais [art. 288º, alínea e)];

II) Um regime especial para os direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação política e dos trabalhadores e aos direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17º), que implica:

a) Aplicabilidade imediata das normas que os reconhecem (art. 18º, nº 1);

XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

XII - consideração com a diversidade étnico-racial.

⁵⁵⁰ Nesse sentido, cf. CASALTA NABAIS, *cit.*, p. 349, afirma que o regime dos deveres fundamentais chega a assemelhar-se com o dos “direitos fundamentais sociais, na medida em que estes se consubstanciam em direitos dos particulares a prestações sociais (de carácter material ou jurídico) do estado, as quais, dada a sua natureza, estão sob a reserva do social e economicamente possível”. CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 2004, informa que *regime geral dos direitos fundamentais deve observar*: a) o princípio da universalidade; b) o princípio da igualdade; c) o princípio da validade dos deveres fundamentais face às pessoas e organizações coletivas; d) o princípio da aplicabilidade dos deveres fundamentais aos portugueses residentes no estrangeiro e aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal; e) o princípio do acesso ao Provedor de Justiça e aos tribunais para a defesa face a deveres fundamentais cuja concretização ou disciplina legal ultrapasse os seus contornos constitucionais; f) o princípio do direito de resistência a ordens que atuem deveres constitucionais para além do constitucionalmente permitido; g) o princípio da responsabilidade civil das entidades públicas, seus funcionários e agentes e h) princípio da proporcionalidade *lato sensu* ou princípio da proibição do excesso.

b) Vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18º, nº 1);

c) Reserva de lei para sua restrição [arts. 18º, nº 2 e 165º, nº 1, alínea b)];

d) Respeito expresso aos princípios: da autorização constitucional para a sua restrição (art. 18º, nº 2); da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18º, nº 2); da generalidade e abstração das leis restritivas (art. 18º, nº 3); da não retroatividade das leis restritivas (art. 18º, nº 3); da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º, nº 3);

e) Limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e de estado de emergência (art. 19º, nº 1);

f) Garantias expressas do direito de resistência (art. 21º), da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22º); de exercício da acção penal e de medidas de polícia (art. 272º, nº 3) e

g) Limitação material às leis de revisão quanto aos seus conteúdos [art. 288º, alínea d)].

Importa consignar que o regime diferenciado aos direitos, liberdades e garantias decorreu mais de circunstâncias históricas⁵⁵¹ que marcaram a elaboração da Constituição Portuguesa de 1976 do que na intenção do legislador constituinte lusitano em estabelecer uma proteção dualista para os direitos fundamentais que implicasse menosprezo às garantias dos direitos sociais, económicos e culturais. Cumpre salientar, pois, que a doutrina portuguesa não tem dúvidas quanto à eficácia horizontal destes direitos fundamentais sob as duas modalidades de efeito mediato ou de eficácia indireta, seja impondo ao legislador a atração das normas sociais segundo os direitos

⁵⁵¹ Faz-se oportuno o abalizado escólio de JORGE MIRANDA, *Manual...*, Vol. IV, cit., p. 141, no sentido de considerar que foi a circunstância de Portugal ter migrado tão tardiamente para um Estado social de Direito que justificou a criação dos dois núcleos de direitos, vez que o País emergia de um regime autoritário que tinha negado, especialmente, os direitos, liberdades e garantias, aduzindo, por fim que “as vicissitudes do processo revolucionário e constituinte justificavam uma especialíssima atenção aos direitos, liberdades e garantias: perante as ameaças e os perigos que corria a democracia pluralista, a Assembleia Constituinte procurou conferir-lhes um tratamento inequívoco, firme e seguro e, daí, quer o regime reforçado dos arts. 18º e segs., quer, entre outros, o estatuto constitucional da liberdade de imprensa (art. 37º e segs.) ou da liberdade de associação sindical (art. 57º, inicial; hoje 55º). O compromisso constituinte, manifestado na conjugação de elementos liberais e de elementos socialistas de diferentes matrizes e com direitos de variados tipos, não impedia, pois, o primado dos direitos, liberdades e garantias – um primado *ab origine* conexo com o primado da democracia (política) sobre todos os propósitos de modificação da ordem económica e social”.

constitucionais sociais, seja obrigando o intérprete a uma interpretação conforme as normas constitucionais sociais⁵⁵².

O ensino obrigatório traduz-se princípio-regra *standard* de conceito polivalente, de grande vaguidade, cujo conteúdo é densificado por outros princípios⁵⁵³ e regras constitucionais.

O respeito ao princípio⁵⁵⁴ do ensino obrigatório se perfaz pelo reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, assim como de direitos sociais. Nesse sentido, defendemos que o princípio do ensino obrigatório tem cariz instrumental, pois a construção de um paradigma de *igualdade real*⁵⁵⁵ dos direitos fundamentais depende também de seu reconhecimento, densificados através de direitos fundamentais instrumentais e auto-instrumentais.

A natureza normativa principiológica do ensino obrigatório é indiscutível, pois traduz-se numa norma jurídica, culminando sua aplicação coactiva quando não é espontaneamente observado⁵⁵⁶, assim como consiste num sobreprincípio⁵⁵⁷ densificado

⁵⁵² GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., p. 483, assegura que, embora o art. 18º, nº 1 pareça limitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais somente aos direitos, liberdades e garantias, é indiscutível sua aplicação quanto ao núcleo essencial dos direitos sociais ligados à protecção da dignidade humana.

⁵⁵³ Para NELSON NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2002, p. 32, o princípio do devido do processo legal (*due process of law*) é o princípio fundamental de todo o processo civil; o género do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie. Partindo, pois, da opinião deste ilustre processualista brasileiro, poderíamos conceber o princípio da efectividade da tutela jurisdicional como um dos subprincípios do devido processo legal, vez que, irremediavelmente, consistiria numa de suas densificações. Cumpre, pois, salientar que a noção de sobreprincípio e subprincípio depende da relação entre os princípios entrelaçados.

⁵⁵⁴ Como lembra RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, 2002, p. 52, o termo *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano. Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros servem-se dessa categoria para estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimentos a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

⁵⁵⁵ A igualdade real depende da liberdade jurídica, que, por sua vez, decorre da liberdade fática. Cumpre, pois, enunciar as palavras de ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997, p. 486, no sentido que “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fática (real), es decir, sin la posibilidad fática de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”.

⁵⁵⁶ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Direito...*, cit., p. 87, lembra que se deve rejeitar a ideia de que o direito constitucional seria um direito sem sanção, pois as normas constitucionais se articulam como as demais, na dualidade típica preceito e sanção, quer esta resulte directamente da regra, quer deflua do sistema em conjunto e é a sanção que garante a sua eficácia jurídica.

⁵⁵⁷ Existem princípios (sobreprincípios) que englobam outros princípios, respeitando seus núcleos autónomos, que densificam aqueles. A efectivação do sobreprincípio da segurança jurídica decorre, por exemplo, da actuação dos princípios da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade, entre outros. Entre os princípios que densificam o sobreprincípio da tutela efectiva, podemos indicar o princípio da isonomia, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da motivação das decisões judiciais, do princípio do respeito pelas competências administrativas (CPTA, art. 3º, nº 1), do princípio da

por subprincípios⁵⁵⁸ gerais – aqueles que se aplicam a todas as etapas de ensino – e a princípios específicos, bem como por direitos fundamentais, que fundam não só a direitos, liberdade e garantias dos administrados, mas também direitos sociais, econômicos e culturais.

III.2.2. Princípios gerais

III.2.2.1. Princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola

Inaugura o legislador constituinte, de forma proposital, o rol de princípios gerais que devem ser observados para todas as etapas de ensino no Sistema Educacional Brasileiro pelo princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (artigo 206, I da CF/88)⁵⁵⁹.

Esse princípio traduz-se na manifestação do sobreprincípio da igualdade⁵⁶⁰, nas relações jurídico-políticas da seara educacional, na consecução da igualdade substancial entre os cidadãos que deve ser observado num Estado Constitucional Democrático.

Inequivocamente, foi objetivo do legislador não só se preocupar com o acesso com as mesmas oportunidades para todos os discentes, mas também com a saída

cumulabilidade dos pedidos (CPTA, arts. 4º, 5º, 21º e 47º), do princípio da modificabilidade do objecto da instância (CPTA, arts. 63º, 64º, 65º e 70º) etc.

⁵⁵⁸ Assevera JORGE MIRANDA, *Manual...*, Vol. IV., cit., p. 258-61, que a tutela jurisdicional se desdobra em subprincípios ou princípios autónomos como se reflecte em direitos fundamentais. Como princípios, aduz o do contraditório (art. 32º, nº 5), do juiz natural (art. 32º, nº 9), da independência dos tribunais e dos juízes (arts. 203º e 216º), da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente (art. 205º, nº 1º, e ainda art. 282º, nº 4º). Como direitos fundamentais, é norma nuclear para os direitos, liberdades e garantias – direito de acesso a tribunal para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos (art. 20º, nº 1, 2ª. parte); direito ao juiz natural (art. 32º, nº 9º); direito ao patrocínio judiciário (art. 20º, nº 2, 2ª. parte, e art. 32º, nº 3, 1ª. parte); direito a um processo equitativo (art. 20º, nº 4, 2ª. parte); direito a uma decisão em prazo razoável (art. 20º, nº 4); direito à execução de sentença, e, como direito social, por outra parte, o direito a que a justiça não seja denegada por insuficiência de meio económicos (art. 20º, nº 1, 3ª. parte).

⁵⁵⁹ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escolar”.

⁵⁶⁰ Cf. JORGE MIRANDA, *Sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, 2016, pp. 43-85; e MARIA GLÓRIA F. P. D. GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, 2005.

precoce indevida, o que resulta num dos mais grave problemas sociais brasileiros, nomeadamente quanto ao ensino médio, que é a evasão escolar. A igualdade de tratamento⁵⁶¹ também deve observar a situação de cada aluno para assegurar a sua manutenção na escola, evitando a evasão escolar⁵⁶², o que vem motivando num alargamento da escolaridade obrigatória em todo o mundo⁵⁶³.

O conteúdo do princípio da igualdade de condições para o acesso⁵⁶⁴ e permanência na escola básica deve buscar proteger ao menos três dimensões da igualdade:

i) a igualdade que se manifesta na disponibilidade e na acessibilidade às escolas para todos (igualdade de oportunidades), incluindo-se o princípio da não discriminação;

⁵⁶¹ Ao tratar sobre a equidade nas relações jurídico-educacionais, JOAQUIM AZEVEDO entende que o abandono escolar precoce decorre também da dificuldade das escolas “em acolher a diferença e a diversidade cultural e saber lidar com ambas, no quadro de uma escolarização de qualidade para cada um e para todos”, fazendo-se necessário aumentar a capacidade de criar oportunidades de ensino e formação adequadas aos diferentes contextos e situações de aprendizagem, não sendo adequado oferecer o mesmo tipo de formação a todos JOAQUIM AZEVEDO, p. 54 _____. *Liberdade e Política Pública de Educação: ensaio sobre um novo compromisso social pela educação*. Fundação Manuel Leão, V. N. Gaia, 2011.

⁵⁶² JACQUES DELORS, Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, UNESCO, 2010, pp. 23 Sobre evasão escolar no ensino médio, um tema a ser tratado com urgência, nossa atenção deveria focalizar-se no ensino secundário. De fato, entre a saída da educação secundária e a entrada na vida ativa, ou seja, o acesso à educação superior, é que se define o destino de milhões de jovens, moças e rapazes: aí se encontra o aspecto mais vulnerável de nossos sistemas educacionais devido à elitização, à falta de controle em relação aos fenômenos de massificação ou à inércia e ausência de capacidade de adaptação. No momento em que os jovens devem enfrentar os problemas da adolescência – e já se sentem, em certo sentido, mais amadurecidos –, mas sofrem, na realidade, por falta de maturidade, no momento em que eles são dominados não tanto pela displicência, mas pela ansiedade diante das responsabilidades futuras, é importante oferecer-lhes locais propícios à aprendizagem e à descoberta, fornecer-lhes as ferramentas apropriadas para refletir e preparar o futuro, diversificar as escolhas curriculares em função de suas capacidades, assim como proceder de modo que suas perspectivas não sejam frustradas e eles tenham sempre a possibilidade de retomar e retificar suas opções.

⁵⁶³ p. 84. Para MARIA DE LOURDE RODRIGUES, “a medida da escolaridade obrigatória produz um efeito acelerador da frequência escolar – o que obrigou à criação de novas salas e o recrutamento de novos professores para lecionarem o equivalente ao actual 2º. ciclo”. ⁵⁶³ MARIA DE LURDES RODRIGUES, *A escola pública pode fazer a diferença* Coimbra, 2010, p. 86. “o insucesso e o abandono escolar, entre 1995 e 2005, mantêm-se em valores muito elevados, verificando-se a redução do número de alunos e das taxas de escolarização, por efeito das sistematicamente muito elevadas taxas de repetência e de abandono tanto no ensino básico como no secundário”.

⁵⁶⁴ PARA MARCOS AUGUSTO MALISKA, *O Direito à Educação e a Constituição*, Porto Alegre, 2001, p. 173, o direito de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola é, em parte, a constatação do constituinte de que o Brasil é um país em que muitas crianças estão fora da escola, de que é necessário instruí-las, de que é necessário dar a oportunidade de estudo também àqueles que não a tiveram, na época adequada, enfim, tal direito é um instrumento de diminuição das desigualdades fáticas.

ii) a igualdade de acesso a bens e recursos escolares (igualdade de base ou de tratamento);

iii) a igualdade de conhecimentos e capacidades adquiridas, compreendida como dimensão de igualdade de base⁵⁶⁵.

O princípio da igualdade de oportunidades de acesso⁵⁶⁶ e permanência na escola irradia, necessariamente, efeitos em relação aos alunos com deficiência, devendo ser asseguradas todas as medidas necessárias para o atendimento educacional especializado⁵⁶⁷, preferencialmente na rede regular de ensino (artigo 208, III da CF/88), observando-se que essa prestação diferenciada prevista pelo Constituinte ao invés de ser

⁵⁶⁵ Nesse sentido, SALOMÃO BARROS XIMENES, *Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica*, São Paulo, 2014, p. 183 e segs., ensina que o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola comporta tanto a igualdade jurídica formal como a igualdade material; também comporta o princípio geral da não discriminação; abarca, ainda, o princípio geral da não discriminação, que no campo da educação tem como principal sustentáculo a Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960.

⁵⁶⁶ ALEXANDRA LEITÃO, p. 525-526, Quanto ao ensino superior, ALEXANDRA LEITÃO consigna que a democratização ao ensino superior decorre diretamente do princípio da igualdade de oportunidades, impondo a eliminação de restrições no acesso por insuficiência econômica ou por razões geográficas, sendo garantido “a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação e da criação artística”, conforme estabelece a alínea d) do n° 2 do artigo 74° da CRP. Esclarece a eminente publicista que, em relação ao acesso ao ensino superior, deve ocorrer um processo de seleção e não restrição, em função de critérios de natureza qualitativa dos candidatos, surgindo os *numerus clausulus*. Esse processo de seleção não pode ser entendido como processo de limitação à liberdade de aprender ou de profissão, nem tão pouco, como uma restrição à democratização do acesso ao ensino superior. Pelo contrário, trata-se de articular a política de ensino com a política econômica e demais políticas públicas e de racionalizar a rede de instituições e de cursos, por exemplo, por haver excesso de quadros qualificados em determinadas áreas. O processo de seleção decorre da parte do n° 1 do artigo 76 da CRP que impõe a necessidade de “ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país”.

⁵⁶⁷ O constitucionalista LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO, p. 41, aponta que: “A educação é direito de todos, portador ou não de deficiência. As pessoas portadoras de deficiência têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida. A educação deve ser ministrada sempre tendo em vista a necessidade da pessoa portadora de deficiência. Isso não significa que a educação deva ser segregada, juntamente com outros portadores de deficiência. A educação da pessoa portadora de deficiência deve ser feita na mesma classe das pessoas não portadoras de deficiência. Os professores devem desenvolver habilidades próprias para permitir a inclusão desse grupo de pessoas. O trabalho inclusivo refletirá a tarefa de agregar democraticamente todos os setores fora do processo. A inclusão na rede regular de ensino, com o desenvolvimento de tarefas específicas – e mesmo com tarefas de apoio, para permitir a sua melhor adaptação – mostrará o grau de cumprimento do princípio da igualdade. Igualdade, direito à educação, ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, portadores de deficiência ou não. Aliás, permitir que as pessoas não portadoras de deficiência se relacionem com pessoas portadoras de deficiência fará com que aquelas desenvolvam seu espírito de solidariedade, busquem uma comunicação mais rica e mais motivada, engrandecendo a todos, reflexo de uma postura democrática.

entendida como separação do ambiente escolar comum, deve significar um adicional curricular além do que é oferecido a todos os alunos⁵⁶⁸.

III.2.2.2. Princípio da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber

O dever de instrução distingue-se da liberdade de aprender⁵⁶⁹ e de ensinar⁵⁷⁰, consagrada no artigo 43º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, que é também consagrada nos acordos internacionais.

De fato, a liberdade de aprender e de ensinar, ou liberdade de ensino⁵⁷¹ em sentido estrito, compreende a liberdade de acesso à escola e de escolha da escola, a liberdade de criação de escolas diferentes das do Estado e a liberdade na escola – de professores e alunos; dos professores, de ensinar de acordo com a sua orientação científica e pedagógica; e dos alunos, à compreensão crítica dos conteúdos de ensino⁵⁷². Ou seja, a liberdade de ensino na educação básica tem três conteúdos

⁵⁶⁸ Sobre o direito à educação das pessoas com deficiência, Cf. SEGALLA e MARTA, SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. *Direito à educação inclusive: um direito de todos*. 1a. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 72.

⁵⁶⁹ Cfr. JEAN RIVERO e HUGUES MOUTOUH, *Liberdades públicas*, São Paulo, 2006, pp. 8, 26 e 613, para os quais a “liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o próprio homem escolhe seus comportamentos pessoais”. Acreditam que a liberdade do aluno tem dois titulares: os pais, titulares ativos até o momento em que o próprio aluno pode assumir a responsabilidade de suas escolhas, e a criança, titular passivo; a liberdade do aluno seria a liberdade de ser ou de não ser ensinado. Acrescenta, ainda, que a liberdade de ensino é transversal, pois vai além da categoria a qual se costuma vinculá-la (dentro da liberdade de pensamento), até porque as liberdades vivem em estreita solidariedade, sendo complementares, não podem ser consideradas, isoladamente.

⁵⁷⁰ Para o conteúdo da liberdade de aprender, cfr. JEAN RIVERO e HUGUES MOUTOUH, *Liberdades públicas*, São Paulo, 2006, p. 614, na defesa que fazem de que a liberdade do aluno é o direito de não ser doutrinado contra a sua vontade. Este direito pode ser satisfeito por duas vias: i) a do *pluralismo ideológico*, que oferece aos pais a possibilidade de escolher, entre diferentes estabelecimentos, os que correspondem às convicções que desejam transmitir aos filhos; ii) da *neutralidade escolar*, que proíbe ao professor qualquer propaganda em prol de uma doutrina, qualquer posicionamento suscetível de perturbar as consciências. Ou seja, o direito positivo deve assegurar, no ensino público, o exercício da liberdade de ensinar através da escolha entre estabelecimentos de obediência ideológica diferente e a neutralidade escolar. Portanto, a liberdade de ensino abrangeria: i) liberdade dos responsáveis do estabelecimento na escolha dos métodos e dos programas; ii) liberdade no recrutamento dos professores; iii) liberdade na admissão dos alunos.

⁵⁷¹ ALEXANDRA LEITÃO, *Fundamentos constitucionais do ensino superior*, Coimbra, 2015, p. 522, esclarece que a liberdade de ensino inclui uma dimensão de defesa perante o Estado – a garantia da liberdade de ensinar e de aprender – e uma dimensão positiva, que se traduz num conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais, tais como o direito de acesso à escola e ao ensino superior.

⁵⁷² Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra, 2000, p. 435.

básicos: (i) o direito dos pais e estudantes quanto à escolha de escola diferente daquela ofertada pelo Estado, (ii) o direito de criação de escola não estatal e (iii) a liberdade acadêmica de professores e alunos na escola, envolvendo a liberdade de cátedra⁵⁷³ exercida pelos professores em qualquer grau de ensino.

A liberdade de aprender enquanto liberdade de acesso e de escolha da escola possibilita ao seu titular a opção pelo seu não-exercício ou a escolha do momento para efetivar esse exercício, mas tal liberdade não importa concluir que os pais de uma criança ou de um jovem em idade escolar optem pela não frequência, pois a liberdade de aprender, enquanto liberdade de acesso à escola, só existe antes e depois da idade do ensino obrigatório⁵⁷⁴, no Brasil entre os quatro e os dezessete anos e em Portugal dos seis até os dezoito anos, sendo que o Estado tem o dever de criar instituições públicas de educação; mas deve depender dos pais querer utilizá-las ou não⁵⁷⁵, não havendo direito de coação relativamente à utilização de tais instituições, até porque o dever de instrução não se confunde com a instrução em instituição pública.

Estes limites para a liberdade de ensinar e aprender também encontram razão de ser na exigência moderna de formação de indivíduos com habilidades necessárias à participação responsável na construção do Estado Constitucional Democrático.

⁵⁷³ CANOTILHO e MOREIRA, p. 628, que ensinam que a liberdade de cátedra tem como limites o âmbito das matérias incluídas no plano curricular da instituição e os princípios institucionais estruturantes como a não discriminação e a igualdade. Para SALOMÃO BARROS XIMENES, *Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica*, São Paulo, 2014, “A liberdade acadêmica de professores e alunos, por sua vez, é norma com estrutura de princípio, voltada à maximização da liberdade de ensinar e de aprender. (...) Significa, de um lado, a liberdade de magistério atribuída aos professores, que têm o direito de conceber os seus próprios métodos de ensino, conforme a orientação científica e pedagógica que adotem; e, de outro, o direito dos alunos a aprenderem em um ambiente de liberdade, o que requer a valorização de sua capacidade de compreensão crítica dos conteúdos” (p. 192).

⁵⁷⁴ Cfr. FABIANA SILVA, *Uma abordagem constitucional do poder paternal: o poder de correção física em especial (perspectiva luso-brasileira)*, Lisboa, 2006, pp. 114-115, para quem “se é certo, por exemplo, que os pais possuem o direito fundamental de educar seus filhos sem a ingerência do Estado ou de terceiros, é igualmente correto que não podem deixar de prover essa educação a seu talante, justamente por conta do dever fundamental que se encontra associado ou conexo a tal direito”. Trata-se, aqui, da proteção ao direito da não ignorância.

⁵⁷⁵ Cf. FICHTE, p. 434.

III.2.2.3. Princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino

Ao lado da consignação expressa por parte do legislador constituinte de que o ensino não pode ser atividade de monopólio do Estado, devendo-se assegurar o direito de criação e coexistência de novas instituições de ensino à iniciativa privada, desde que atendidas as normas preconizadas na legislação sobre educação nacional, bem como autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (artigo 209 da CF/88), foi estabelecido o princípio da pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Esse princípio densifica o fundamento constitucional do pluralismo político (art. 1º, V da CF/88) no âmbito das relações jurídico-educacionais, significando que as escolas, sejam públicas ou privadas, poderam adotar e incorporar ideias e desenvolver projetos político-pedagógico, conforme sua própria concepção de ensino e aprendizagem, adaptando seus métodos à realidade com a qual interagem diretamente, não devendo as escolas serem compreendidas, portanto, como instituições meramente reprodutoras de decisões pedagógicas dos órgãos centrais da educação⁵⁷⁶.

No Brasil, segue no Congresso Nacional um Projeto de Lei denominado “Programa Escola sem Partido”⁵⁷⁷, Projeto de Lei nº 867, de 2015, que, sob a invocação do princípio do pluralismo de ideias no âmbito acadêmico (artigo 2º, II do PL nº 867), vem a estabelece um conjunto de seis deveres que serão afixados nas salas de aula, nas salas dos professores e em locais onde possam ser lidos por estudantes e professores, cartazes com o conteúdo previsto no anexo desta Lei, com, no mínimo, 70 centímetros de altura por 50 centímetros de largura, e fonte com tamanho compatível com as dimensões adotadas, cujo conteúdo é: *I - O Professor não se aproveitará da audiência cativa dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para esta ou aquela corrente política, ideológica ou partidária; II - O Professor não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas; III - O Professor não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem*

⁵⁷⁶ Nesse sentido, cf. SALOMÃO BARROS XIMENES, *Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica*, São Paulo, 2014, p.

⁵⁷⁷ Na justificativa do Projeto de Lei nº 867, de 2015, é indicado o site do movimento que desencadeou a discussão, qual seja o www.escolasempartido.org.

incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas; IV - Ao tratar de questões políticas, sócio-culturais e econômicas, o professor apresentará aos alunos, de forma justa – isto é, com a mesma profundidade e seriedade –, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito; V - O Professor respeitará o direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções; VI - O Professor não permitirá que os direitos assegurados nos itens anteriores sejam violados pela ação de terceiros, dentro da sala de aula.

Trata-se de Projeto de Lei manifestamente inconstitucional, incompatível com o princípio do pluralismo de ideias e a liberdade de pensamento dos professores sob a alegação de que seria *“fato notório que professores e autores de livros didáticos vêm-se utilizando de suas aulas e de suas obras para tentar obter a adesão dos estudantes a determinadas correntes políticas e ideológicas; e para fazer com que eles adotem padrões de julgamento e de conduta moral – especialmente moral sexual – incompatíveis com os que lhes são ensinados por seus pais ou responsáveis”*.

III.2.2.4. Princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais

Inicialmente, faz-se mister ressaltar de que forma será aqui adensado o serviço educacional relativo ao ensino obrigatório, no sentido de atender aos anseios dos educandos-usuários.

Ainda que prestado por particular, o serviço educacional é indiscutivelmente de natureza pública. É serviço público próprio passível de autorização, em face às limitações do próprio Estado em oferecer a prestação para todos aliado ao estímulo histórico à iniciativa privada⁵⁷⁸ e, por estar diretamente relacionado com o

⁵⁷⁸CARLOS CÉSAR BARBOSA, *Responsabilidade civil do Estado e das instituições privadas nas relações de ensino*, Rio de Janeiro, 2004, p. 21, leciona que o art. 209 da Constituição Federal de 1988 proclamou a liberdade do ensino à vida privada, vinculando-a, contudo, ao cumprimento das normas gerais da educação nacional e à autorização e a avaliação de qualidade pelo Poder Público. Ao longo da história, houve efetiva falta de priorização do ensino como atividade pública, no sentido *stricto sensu*, pois a atuação do Estado nesse setor teve, tradicionalmente, a interlocução do seguimento privado,

desenvolvimento da pessoa humana e com o preparo do indivíduo para o exercício da cidadania e da vida profissional, fatores indispensáveis para a construção de uma sociedade livre, justa e desenvolvida⁵⁷⁹.

Sem embargo, é uma realidade justificada, por um lado, pela massificação e, por outro lado, pela centralidade da realização pessoal do cidadão como objetivo da ação do Estado⁵⁸⁰.

Além disso, o ensino obrigatório traduz-se num serviço público essencial.

A prestação educacional traduz-se num serviço público⁵⁸¹ essencial não privativo⁵⁸², proclamado pelo legislador constituinte como indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CF/88). Entretanto, o Estado não pode e nem deve ter o monopólio da prestação do serviço educacional⁵⁸³, uma vez que ele partilha responsabilidades com o particular na sua oferta, resultando o acesso à educação numa confluência de responsabilidades entre o público e o privado⁵⁸⁴, podendo-se afirmar que

inclusive com transferência de recursos. Foi inevitável ao legislador constituinte assegurar a abertura da atividade educacional à iniciativa privada, pois o Estado não dispõe da estrutura necessária para suportar a demanda do ensino em todos os seus níveis. O serviço público educacional deve ser necessariamente de qualidade, ou do contrário as instituições particulares autorizadas não poderão continuar prestando o serviço.

⁵⁷⁹ Cf. CARLOS CÉSAR BARBOSA, *op. cit.*, pp. 13 e 14.

⁵⁸⁰ CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, pp. 58 e 59, leciona que “com o advento da qualidade como padrão de bom funcionamento, a Administração fica mais pressionada para obter bons resultados na sua atividade servicial, mas tal não significa que se lhe possa exigir o impossível. No domínio da Administração prestadora – quer se trate de prestações de *dare* ou de *facere*, jurídicas ou fácticas –, a eficácia é exigível na medida do possível: a solidariedade implica uma partilha tendencialmente igualitária de vantagens e desvantagens”.

⁵⁸¹ Para NINA BEATRIZ RANIERI, *Educação superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96)*, São Paulo: Edusp, 2000, pp. 134 e 137, a natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial das prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular.

⁵⁸² A concepção do serviço educacional como serviço público não privativo foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 1007/PE, julgamento em 31 de agosto de 2005 e na ADI 1266/BA, julgamento em 06 de abril de 2004, ambas de Relatoria do Ministro EROS GRAU.

⁵⁸³ PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, 1995, pp. 54 e ss., demonstra como a Alemanha (1933 a 1945), a Itália (1922-1943), a ex-URSS e a Polônia, países que adotaram os sistemas fascista, nacional-socialista e socialista, respectivamente, utilizaram-se da escola como instrumento ideológico para a preparação de bons cidadãos, que correspondessem às funções atribuídas pela comunidade, eventualmente com base nas suas aptidões. De fato, o Estado não educa, até porque educação não se confunde com acesso ao ensino. O dever de oferecer o acesso ao ensino de qualidade não implica o direito de impor um modelo educacional aos seus cidadãos.

⁵⁸⁴ Reza o art. 209 da Constituição Federal de 1988 que: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”. Por sua vez, o art. 7º da Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 – LDB, preconiza que: “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II - autorização

há níveis de responsabilidade de ensino pelo Estado, na medida em que ele exerce, dentre outras: a) *responsabilidade reguladora* – estabelecendo as normas educacionais; b) *responsabilidade fiscalizatória* – observando o cumprimento das normas e autorizando o funcionamento de instituições de ensino e c) *responsabilidade material* – atendendo aos anseios dos alunos, respeitando a autonomia científica, a liberdade do docente e a autonomia institucional.

Além disso, a essencialidade do serviço educacional decorre da sua imprescindibilidade ao respeito dos direitos da personalidade e continuidade da prestação, cuja interrupção pode prejudicar, de forma irreparável, o seu titular. Entretanto, o Estado não pode desmerecer o exercício do direito de resistência dos alunos ao se depararem com prestação educacional inadequada, bem como o exercício do direito de greve pelos docentes por melhores condições de salário e adequado ambiente de trabalho. O respeito ao princípio da continuidade do serviço educacional relativo ao ensino básico obrigatório foi densificado através de regras que protegem a ininterruptabilidade⁵⁸⁵ do acesso desta fase de ensino, demonstrando a preocupação do legislador ordinário em criar mecanismos de proteção a uma prestação de serviço contínuo e eficiente⁵⁸⁶.

Além disso, serviço educacional inadequado pode implicar a formação deficiente dos profissionais das diversas categorias laborais, que pode ser revelado pela prática reiterada de imperícias e possibilidade dos conselhos profissionais iniciarem processo administrativo disciplinar em face à inépcia da atividade⁵⁸⁷.

O acesso ao ensino básico de qualidade é necessariamente gratuito⁵⁸⁸. Diferentemente do ensino superior, cujas prestações podem ser pagas por todos quantos

de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal”.

⁵⁸⁵ CARLOS CÉZAR BARBOSA, *Responsabilidade civil do Estado e das instituições privadas nas relações de ensino*, Rio de Janeiro, 2004, p.83, defende que os serviços educacionais são contínuos, não devendo ser submetidos a interrupções nem a suspensões, exceto naquelas situações legalmente previstas, como as férias escolares.

⁵⁸⁶ Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 904, a “satisfação do direito ao ensino é necessariamente uma *tarefa pública*, em termos de que ao Estado (entendido no sentido amplo de administração central e autoridades regionais e locais) compete criar a rede de estabelecimentos que cubra todas as necessidades educativas do país”.

⁵⁸⁷ Consiste em hipótese de infração disciplinar o advogado que incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional (art. 34, XXIV do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994).

⁵⁸⁸ UNESCO, *The Right to Primary Education Free of Charge For All: ensuring compliance with international obligations*, Paris, 2008, p. 10, “The argument that school fees may be necessary to ensure

as podem pagar e até onde puderem pagar, exigindo a abertura à colaboração da sociedade civil⁵⁸⁹, no ensino básico, mesmo que o educando não venha mais possuir condições econômicas de arcar com as custas necessárias ao seu acesso⁵⁹⁰, deve o Estado lhe assegurar a matrícula em instituições que forneçam um serviço de qualidade⁵⁹¹, fazendo-se necessário ressaltar que não há obrigação de resultado por parte do indivíduo perante o Estado⁵⁹².

Sem embargo, enquanto o acesso ao ensino básico é necessariamente universal, obrigatório e gratuito, uma vez que aquela prestação beneficiará toda a comunidade, o acesso ao ensino superior não é universal, não é obrigatório e **será**,

the quality of primary education is unacceptable: it is the obligation of States to ensure that the quality of education does not suffer from its free-of-charge character. In fact, imposing fees may lead to the further exclusion of socially and culturally marginalized groups, in particular children from poor families who are unable to pay the fees and remain deprived of education". Já no relatório, *Educação de Qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, 2007, a UNESCO, p. 36, aponta que "as barreiras financeiras que as crianças e suas famílias enfrentam podem ser classificadas em três tipos: custos diretos como as taxas de matrícula, as cooperações "voluntárias" para as escolas; a compra de matérias escolares e livros; os indiretos que correspondem a uniformes, alimentação e transporte; e o custo de oportunidade, gerado quando as crianças frequentam a escola em lugar de trabalhar e contribuir para a renda familiar. Em alguns casos, os pais também assumem a construção de salas de aula ou outras dependências com seu trabalho ou quotas. Estes custos tornam-se muito onerosos para as famílias de escassos recursos, fazendo surgir o paradoxo de que estas dispõem maior proporção de sua renda à educação do que as famílias com melhor situação econômica".

⁵⁸⁹ JORGE MIRANDA, *Estado Social e Direitos Fundamentais, Doutrina: Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 15 anos*, Brasília, 2005, p. 207, defende que no ensino básico, se acaso não houver em certa localidade escola pública, o ensino particular e cooperativo deverá ser integralmente gratuito.

⁵⁹⁰ Importa referir a abalizada opinião de JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV, op. cit.*, p. 399, ao considerar que a gratuidade gratuita reforçaria as desigualdades e o essencial reside numa justa distribuição dos encargos pelas pessoas e pelas entidades públicas.

⁵⁹¹ Os §§ 2º e 3º do art. 6º da Lei nº 9.870 de 23 de novembro de 1999 estabelecem que: "§ 2º São asseguradas em estabelecimentos públicos de ensino fundamental e médio as matrículas dos alunos cujos contratos celebrados por seus pais ou responsáveis para a prestação de serviços educacionais tenham sido suspensos em virtude de inadimplemento, nos termos do *caput* deste artigo. § 3º Na hipótese de os alunos a que se refere o § 2º, ou seus pais ou responsáveis, não terem providenciado a sua imediata matrícula em outro estabelecimento de sua livre escolha, as Secretarias de Educação estaduais e municipais deverão providenciá-las em estabelecimentos de ensino da rede pública, em curso e série correspondentes aos cursados na escola de origem, de forma a garantir a continuidade de seus estudos no mesmo período letivo e a respeitar o disposto no inciso V do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente".

⁵⁹² A Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 estabelece, entretanto, uma exceção que padece de inconstitucionalidade, pois dá margem à arbitrariedades, na medida em que consignou que os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto, que obtiveram autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, em caso de frequência a curso de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução (art. 122, II), cujo tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes (art. 124, parágrafo único), podem ter o benefício automaticamente revogado se revelarem baixo grau de aproveitamento do curso (art. 125).

tendencialmente, gratuito, pois o seu pagamento decorrerá das condições econômicas do universitário⁵⁹³.

Nesse sentido, leciona o Professor JORGE MIRANDA que “o contraste entre o ensino básico e os diversos graus de ensino entremostra-se não menos flagrante. Aquele é tornado universal e obrigatório e, por isso, pode e deve ser gratuito, pelo menos nas escolas públicas: porque beneficia toda a comunidade, esta deve suportar integralmente o seu custo. De diverso modo, o ensino superior, visto que não é universal, tem uma gratuidade a ser conseguida progressivamente e moldável em razão das condições económicas e sociais: ele deve ser gratuito, quando as condições dos alunos o reclamem, porque senão frustrar-se-ia o acesso dos que tivessem capacidade; não tem de ser gratuito, quando as condições dos alunos o dispensem. A frequência do ensino superior implica, ao mesmo tempo, o exercício de um direito pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país (mais uma vez citados arts. 43º, nº 1, e 76º, nº 1). Logo, afigura-se justo, no plano dos valores constitucionais, que aqueles que podem pagar a sua quota-parte desse benefício ou contribuir para o pagamento de certo montante desta quota-parte o venha a fazer”⁵⁹⁴.

De fato, ao passo que a “educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (art. 22 da LDB), o que imprime obrigatoriedade a essa fase de ensino, o Estado não pode exigir que o indivíduo ingresse numa universidade.

A universalidade do acesso ao ensino básico⁵⁹⁵ decorre do dever do Estado em respeitar o princípio da não-discriminação e oferecer o serviço a qualquer indivíduo,

⁵⁹³O STF vem aplicando indevidamente os princípios que regem o ensino básico no ensino superior público, visando reafirmar incoerente posição sobre a inexistência de limitações à gratuidade do ensino superior público, confundindo ensino público com ensino gratuito, tendo sido editada a Súmula Vinculante nº 12 que estabelece: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”, o que estimula uma desigualdade na fruição de vagas junto às instituições públicas de ensino superior, uma vez que não é observada a capacidade econômica do discente.

⁵⁹⁴ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 448.

⁵⁹⁵ YVES DAUDET e KISHORE SINGH, *The Right to Education: Na Analysis of UNESCO's Standard-setting Instruments*, Paris, 2001, p. 24, consideram que deve-se reforçar a ação normativa para o acesso universalização da instrução, no sistema legal nacional, com base em obrigações legais internacionais, podendo ser admitida uma dimensão dupla, indivíduo e coletividade, com progresso em uma ou outra esfera, determinando o progresso na outra.

independentemente, de suas características pessoais, da zona geográfica em que resida, sua procedência social ou cultural, principalmente, na fase de ensino básico. O acesso ao serviço de qualidade deve ser assegurado a todas as crianças e adolescentes, assim como aos adultos que não tiveram oportunidade na idade própria (art. 208, I da CF/88).

De fato, a oferta regular do ensino básico independe da idade do educando ou da contraprestação que o mesmo poderá oferecer à sociedade⁵⁹⁶, uma vez que se trata de fase de ensino indispensável à formação de sua personalidade, cuja oferta regular beneficiará toda a comunidade. O acesso ao ensino básico é direito-dever universal⁵⁹⁷, pois também é fundamental para o exercício da cidadania, permitindo que o educando venha a participar das atividades na vida social⁵⁹⁸, bem como ter a possibilidade de compartilhar decisões que afetem a sua vida e a de sua comunidade⁵⁹⁹.

Em síntese, a gratuidade decorre da universalidade, mas nem todo serviço público educacional gratuito e universal é obrigatório, como é o caso do ensino pré-escolar em Portugal até as crianças de cinco anos, resultado da chamada universalidade da educação pré-escolar a estas faixas etárias. Ao contrário do que se passa com a escolaridade obrigatória, a frequência do pré-escolar não é obrigatória, mas, ao estipular a universalidade deste nível de ensino, o Estado fica obrigado a garantir a existência de uma rede de educação pré-escolar que permita a inscrição de todas as crianças por ela abrangidas e de assegurar que essa frequência se efetue em regime de gratuidade da componente educativa.

⁵⁹⁶ O acesso ao ensino superior será, tendencialmente, gratuito, pois o seu pagamento decorrerá das condições econômicas do universitário. A tendência à gratuidade do ensino superior decorre do *princípio da capacidade* contributiva que não se aplica ao ensino fundamental, haja vista que este é necessariamente gratuito.

⁵⁹⁷ Para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 904, o sistema público de ensino é universal, pois deve estar “acessível a todos e tem de responder às necessidades de toda a gente... Todos têm direito à escola pública. O facto de em certo domínio existir ou poder vir a existir uma escola particular ou cooperativa não isenta o Estado do cumprimento da obrigação constitucional. O ensino particular e cooperativo são livre; mas, não-de ser, constitucionalmente, uma solução alternativa ou paralela da solução propiciada pelo ensino público...”.

⁵⁹⁸ JOHN STUART MILL, *op. cit.*, p. 188, acreditava que “O valor de um Estado, a longo prazo, é o valor dos indivíduos que o compõem; e um Estado que adie os interesses do desenvolvimento e elevação mental deles, em detrimento de um pouco mais de competência administrativa, ou aquela aparência de competência nos pormenores do negócio que se adquire através da prática; um Estado que inferiorize as pessoas, de modo a que sejam instrumentos mais dóceis nas suas mãos, até com fins benéficos, descobrirá que com pessoas pequenas nada de grande se poderia alguma vez realmente alcançar; e que a perfeição da máquina, pela qual sacrificou tudo, no fim de contas de nada servirá, por falta do poder vital que preferiu erradicar, para que a máquina trabalhasse mais suavemente”.

⁵⁹⁹ Cf. relatório da UNESCO, *Educação de Qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, UNESCO, OREALC, 2007, p. 13.

Em Portugal, a Lei n° 46/86 de 14 de Outubro , Lei de Bases do Sistema Educativo, estabelece no seu artigo 4°, a Organização Geral do Sistema Educativo, compreendendo a educação pré-escolar, a educação escolar e a educação extra-escolar.

A frequência da educação pré-escolar é facultativa, no reconhecimento de que à família cabe um papel essencial no processo da educação pré-escolar (Artigo 5°, n° 8), destinando-se às crianças com idade compreendidas entre os 3 anos e a idade de ingresso no ensino básico.

Sucedem que, a partir da Lei n° 65/2015, de 03 de julho, que alterou a Lei n° 85/2009, de 27 de agosto, que estabeleceu o regime de escolaridade obrigatória para as crianças e jovens em idade escolar e consagra a universalidade da educação para as crianças a partir dos 5 anos de idade, foi *alargada a universalidade da educação pré-escolar a partir dos 4 anos de idade*. O ensino não é obrigatório, mas é universal e gratuito, devendo o Estado Português assegurar a vaga de todas as crianças com 4 anos de idade na pré-escola.

A educação escolar abrange o ensino básico e o ensino secundário, sendo universal, obrigatório e gratuito e por doze anos. O ensino básico por nove anos (artigo 6° da Lei n° 46/86), dos 6 aos 15 anos e o ensino secundário por três anos (artigo 10°, n° 2).

A partir da Lei n° 85/2009, a escolaridade obrigatória é considerada para as crianças e jovens com idades entre 6 e 18 anos (art. 2°), implicando para os pais ou responsáveis o dever de proceder a matrícula do educando em escolas da rede pública, rede particular e cooperativa ou em instituições de educação e ou formação, reconhecidas pelas entidades competentes, determinando para o aluno o dever de frequência, cessando a obrigatoriedade, nas seguintes hipóteses: a) com a obtenção do diploma de curso correspondente ao nível secundário; b) independentemente da obtenção do diploma de qualquer ciclo ou nível de ensino, no momento do ano escolar em que o aluno perfaça 18 anos.

Enquanto o acesso ao ensino fundamental é necessariamente universal, obrigatório e gratuito, vez que aquela prestação beneficiará toda a comunidade, o acesso

ao ensino superior não é universal, não é obrigatório e será, tendencialmente, gratuito⁶⁰⁰, pois o seu pagamento decorrerá das condições económicas do universitário⁶⁰¹.

De fato, a tendência à gratuidade decorre do *princípio da capacidade contributiva*⁶⁰² que não se aplica ao ensino fundamental, vez que este é universal e obrigatório.

Na medida em que o Estado não pode exigir que o indivíduo ingresse numa universidade e esta será mantida pelos recursos da coletividade, a depender de sua condição económica, este receberá uma bolsa integral ou não para perfazer os seus estudos (capacidade contributiva).

III.2.2.5. Princípio da garantia do padrão de qualidade

O que é educação de qualidade?

À primeira vista, a existência da prestação de serviços públicos de qualidade pode estar situada à margem do direito ou, numa perspectiva diametralmente oposta, como aspecto redundante ou pleonástico da eficácia social dos direitos fundamentais dos administrados, como se todo e qualquer serviço público necessariamente tivesse que ser prestado com qualidade – a qualidade seria mais um dos trunfos⁶⁰³ contra a Administração.

⁶⁰⁰ Sobre a *tendência à gratuidade do direito de acesso ao ensino superior*, ALEXANDRA LEITÃO, *cit.*, p. 527, ao comentar o Acórdão n.º 148/94 do TCP, que tratou sobre a constitucionalidade do aumento da cobranças das propinas nas Universidades, destaca que “o direito fundamental de acesso ao ensino superior e a sua democratização enquanto elemento essencial de construção de igualdade impõem uma atuação do Estado no sentido de que ninguém se veja impedido de frequentar o ensino superior por razões económicas”.

⁶⁰¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, pág. 448-49.

⁶⁰² Importa referir a opinião de JORGE MIRANDA, *op.*, *cit.*, pág. 399, ao considerar que os direitos não são afectados quando se justifique esta adequação – porque os seus titulares podem pagar a sua parte nas prestações ou benefícios que recebem ou, não podendo pagar, fica sempre assegurado, por qualquer forma, o pagamento pelas entidades públicas. A gratuidade gratuita reforça as desigualdades e o essencial reside numa justa distribuição dos encargos pelas pessoas e pelas entidades públicas.

⁶⁰³ Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, 2002; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006. Em sentido contrário à ideia dos

É indiscutível, entretanto, que os titulares dos direitos fundamentais passaram a exigir novas manifestações dos direitos fundamentais já conquistados⁶⁰⁴ e o direito-dever à qualidade⁶⁰⁵ nos serviços públicos tornou-se uma das novas exigências do direito constitucional contemporâneo⁶⁰⁶.

Sucedeu que, somente a partir da década de oitenta, a discussão sobre a necessidade da prestação de serviços públicos de qualidade passou a ganhar densidade jurídica, em que pese ter sido reconhecido, de forma tímida, antes, no direito internacional público em diversos tratados e acordos internacionais.

De fato, o princípio da qualidade acabou também sendo confirmado como princípio jurídico pelo direito comunitário⁶⁰⁷, não se podendo mais falar num direito fundamental à boa Administração⁶⁰⁸, olvidando da satisfação do usuário em face aos serviços públicos, passando a qualidade à condição de novo critério de controle da Administração, na execução da prestação dos serviços públicos, nomeadamente, o educacional.

direitos fundamentais como trunfos, cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Estoril, 2007.

⁶⁰⁴ Nesse sentido, MAURICE HAURIOU, *Introduction à l'étude du droit administrative français*, Paris, 1902, p. 385, defendeu que “le droit administratif est une plante trop robuste et trop profondément enracinée dans notre sol; il vivra, mais par cela même qu'en durant il s'adaptera à de nouvelles exigences sociales sous l'influence de théories plus conscientes, il est dans sa destinée de dépasser le point de perfection ou se trouve actuellement réalise son type primitif”.

⁶⁰⁵ ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA MARQUES e MARIA MANUEL LEITÃO, *Direito Económico*, Coimbra, 2008, p. 503, consignam que entre as disciplinas que integram o direito econômico, o direito da qualidade consistiria no conjunto de princípios e regras de natureza pública, privada ou mista que definem as condições a que deve obedecer a produção de bens ou a prestação de serviços, enumerando as características que aqueles devem ser dotados. Sem embargo, o surgimento do direito da qualidade consistiu numa necessidade do Estado do mal-estar social equacionar seus objetivos com o menor custo possível, através de políticas de planejamento, como instrumento de racionalização e coordenação das atividades e de redução de incertezas, entre eles o planejamento educacional.

⁶⁰⁶ Cf. LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le servisse public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006; L. PAREJO-ALFONSO, *La eficacia administrativa y la calidad de los servicios publicos*, Valencia, 2000, entre outros.

⁶⁰⁷ Aponta LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le servisse public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006, que “Le droit communautaire a le premier erige le principe de qualité auran de principe juridique: au Coeur des notions de service d'intérêt general et de servisse universel, l'exigence de qualité a été consacrée par ledroit derive et priseen compte par le juge communautaire”.

⁶⁰⁸ Sobre o tema, cf. dentre outros, GUIDO FALZONE, *Il Dovere di Buona Amministrazione*. Milão, 1953; JUAREZ FREITAS, *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, 2007; BEATRIZ TOMÁS MALLÉN, *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, 2004; ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, Belo Horizonte, 2004; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais*, Lisboa, 2006; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2007.

Nesse sentido, o arcabouço jurídico brasileiro acabou sendo moldado pela força normativa do princípio da qualidade, que se irradia perante todos os serviços públicos prestados aos administrados⁶⁰⁹, entre eles os relativos à educação, preconizado, expressamente, na Constituição Brasileira de 1988, no artigo 206, inciso VII⁶¹⁰.

Faz-se necessário a existência de parâmetros objetivos que moldam um direito-dever à educação de qualidade decorrente do princípio da qualidade nos serviços públicos⁶¹¹, demonstrando que a sua imprecisão conceitual⁶¹² não implica a falta de sua densidade jurídica.

O ensino básico obrigatório de qualidade não corresponde a uma promessa constitucional exagerada⁶¹³ e a importância do seu estudo decorre do crescimento do número de analfabetos funcionais e suas implicações aos exercícios de outros direitos fundamentais⁶¹⁴, em consequência de prestação de serviço eminentemente público⁶¹⁵ que não observa *standards* mínimos de qualidade⁶¹⁶.

⁶⁰⁹ O direito à prestação aos serviços de qualidade está previsto nas Constituições Brasileiras desde o art. 160, I da Constituição de 1967 e mantido na Emenda Constitucional nº 1 de 1969, no art. 167, I. Em 5 de outubro, estabeleceu o art. 175, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Brasileira, que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. A lei disporá sobre: (...) IV – a obrigação de manter o serviço adequado”. Além disso, em 4 de junho de 1998, foi promulgada a Emenda nº 19 que estabeleceu no seu art. 27 que “O Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”, que até o presente momento não foi ainda criada.

⁶¹⁰ A Constituição Brasileira de 1988 preconiza, dentre os princípios, que norteiam o ensino no país, no seu art. 206, VII, a “garantia de padrão de qualidade”.

⁶¹¹ Andou bem o legislador constituinte lusitano ao não afirmar a educação no art. 60º da CRP, na medida em que não se pode comparar um aluno com um consumidor; educação não é bem de consumo.

⁶¹² Sobre conceitos jurídicos indeterminados, cf. KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 2001, p. 205; ALF ROSS, *Direito e Justiça*, São Paulo, p. 24, 2003; HERBERT HART, *O conceito de direito*, Lisboa, 2001, p. 137; GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDÉZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 2001, pp. 447 a 463; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II*, Coimbra, p. 290. Sobre a indeterminabilidade do direito à educação de qualidade, CARLA AMADO GOMES, *Quality Education for All: some general remarks*, Antuérpia, 2008, defende que: “But what is 'quality' in education? There's no general definition. Common sense dictates a gradual approach, in order to try to identify some factors that contribute to students' better learning. For instance: motivated students — satisfied in their basic needs, respected in their human dignity; motivated teachers — well paid, getting incentives, respected by the community; cooperative parents — interested in their children's needs, participating in school's choices (within its autonomy), and embracing the school community's problems; tolerant community — respectful of students differences and supportive of founding values (integrity, peace, respect for the environment); continuity of education policy — gradual reforms based in broad consensus”.

⁶¹³ Sobre a matéria, cf. ANDREAS KRELL, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre, 2002, p. 25.

⁶¹⁴ O relatório do INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, *Mapa do Analfabetismo no Brasil*, p. 7, 2000, aponta que o número de analfabetos no Brasil, considerando a pessoa alfabetizada a capaz de ler e escrever pelo menos um bilhete simples no idioma que conhece, seria de 16 milhões de brasileiros. Entretanto, o número de analfabetos funcionais, considerando a população de 15 anos ou mais, ultrapassaria 30 milhões de brasileiros (www.inep.gov.br). FERNANDO VELOSO,

Sem embargo, um dos efeitos do Estado do mal-estar social contemporâneo⁶¹⁷ consistiu no sacrifício da qualidade pela quantidade do ensino⁶¹⁸, em todas as suas fases (ensino básico e ensino superior), em que o Estado erradicou o analfabetismo, mas não evitou a frustração constitucional (*Verfassungsenttauschung*) quanto à prestação da educação de qualidade.

De fato, o ensino básico obrigatório de qualidade é instrumento indispensável à mudança de paradigma do mínimo para o máximo existencial dos direitos fundamentais⁶¹⁹, na medida em que a exigibilidade dos direitos fundamentais

15 Anos de Avanços na Educação no Brasil: Onde Estamos?, In *Educação básica no Brasil: construindo o país do futuro*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 3, chama a atenção de que uma característica que distingue o Brasil no contexto internacional é o baixo nível educacional de sua população, expresso tanto em termos de quantidade como de qualidade da educação.

⁶¹⁵ Sobre a insusceptibilidade da privatização integração da execução do serviço educacional, cf. PAULO OTERO, *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*, Coimbra, 2001, p. 53 e *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2007, p. 829.

⁶¹⁶ Na Recomendação relativa à condição docente de 05 de outubro de 1966, foi decidido pela Conferência Intergovernamental Especial sobre a condição desta profissão que “Os alunos deverão ter livre acesso a uma rede ampla de estabelecimentos de ensino, adequadamente vinculados entre si, a fim de evitar que nada impeça ao aluno aceder a qualquer nível ou tipo de escolaridade ... no que se refere à educação, nenhum Estado deve ter como único objetivo a quantidade em detrimento da qualidade”.

⁶¹⁷ Sobre o crise do Estado de bem-estar, mal-estar do Estado ou Estado de mal-estar, elucida PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 467, que “os elevados custos financeiros envolvidos pelo Estado na implementação das tarefas de bem-estar, expressando a principal vertente da regra geral que afirma terem todos os direitos custos financeiros públicos, revelam-se o “cavalo de Tróia” do próprio modelo constitucional de bem-estar: “o desenvolvimento do Estado social entrou num beco sem saída”.

⁶¹⁸ Cf. CARLOS RÁTIS, *Functional Illiteracy: The effect of sacrificing quality for quantity*, Salvador, 2008. No Brasil, sobre a expansão do ensino sem qualidade, ANÍSIO TEIXEIRA, *Educação não é privilégio*, Rio de Janeiro, 2007, numa Conferência pronunciada no I Congresso Estadual de Educação Primária, realizado em Ribeirão Preto, São Paulo, em 1956, já elucidava que: “pode-se expandir, pelo simples aumento de participantes, um espetáculo, um ato recreativo, em rigor, algo consumatório, mas, não se pode expandir, somente pelo aumento de participantes, um processo, temporal e espacial, longo e complexo, de preparo individual, como é o educativo. E o que vimos fazendo é, em grande parte, a expansão do corpo de participantes, com o congestionamento da matrícula, a redução de horário, a improvisação de escolas de toda ordem, sem as mínimas condições necessárias de funcionamento. Tudo isto já seria gravíssimo. Mas, pior do que tudo está a confusão gerada pela aparente expansão, tumultuária, levando o povo a crer que a educação não é um processo de cultivo de cada indivíduo, mas um privilégio, que se adquire pela participação em certa rotina formalista, concretizada no ritual aligeirado de nossas escolas. Está claro que tal conceito de escola não é explícito, mas decorre do que fazemos. Se podemos desdobrar, tresdobrar e até elevar os turnos das escolas primárias, se autorizamos ginásios e escolas superiores sem professores nem aparelhamento – é que a escola é uma *formalidade*, que até se pode *dispensar*, como se dispensam, na processualística judiciária, certas condições de pura forma”.

⁶¹⁹ Em relação ao Estado de direitos humanos que proteja a máxima efetividade e o financeiramente possível, cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 574, e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2004, p. 1224.

depende de titulares conscientes das potencialidades de seus direitos, respeitando os seus deveres⁶²⁰.

A continuidade da prestação inadequada do serviço educacional mantém o subdesenvolvimento educacional brasileiro, impedindo a emancipação intelectual das classes menos favorecidas economicamente e a diminuição das desigualdades sociais⁶²¹. Inequivocamente, o maior nível educacional de toda a população é um elemento decisivo para o desenvolvimento humano de um país⁶²², tanto para elevar a produtividade como para fortalecer a democracia, possibilitar o exercício de cidadania⁶²³ e ampliar a possibilidade da melhor qualidade de vida dos cidadãos⁶²⁴.

Afinal, não se pode falar em Estado Constitucional Democrático sem acesso à educação de qualidade⁶²⁵.

De fato, a expressão educação de qualidade⁶²⁶ não é privativa de nenhuma ciência e sua imprecisão conceitual⁶²⁷ não implica a falta de normas declaratórias e

⁶²⁰ WERNER JAEGER, *Paidéia: A Formação do Homem Grego*, São Paulo, 2003, p. 4 acredita que “o desenvolvimento social depende da consciência dos valores que regem a vida humana”. Na mesma esteira, ANDREAS KRELL, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*, Porto Alegre, 2002, p. 15, afirma que “a construção de uma cidadania reivindicatória exerce papel de fundamental importância no processo social complexo e gradual de melhoria dos serviços públicos e da elevação da qualidade de vida de grandes partes da população brasileira”.

⁶²¹ Em recente relatório da UNESCO, *The Right to Primary Education Free of Charge For All: ensuring compliance with international obligations*, Paris, 2008, p. 10, ficou consignado que “the education offered must be adequate in quality, relevant to the child and promote the realization of the child’s other rights. Abolishing costs allows a large number of children to attend school but is not a sufficient measure for them to remain within the education system. Governments must take complementary measures in order to ensure, for instance, teachers’ recruitment and professional training, provisions for textbooks, school maintenance (furnishing, equipment) and development expenditure for quality education”.

⁶²² GOMES CANOTILHO, *Paradigmas de Estado e paradigmas de administração pública*, Lisboa, 2000, pp. 21 e ss., consigna que “a tragédia do Estado volta a reaparecer, mas agora com estes contornos: o Estado só pode continuar a manter-se como Estado de direito, como Estado democrático e como Estado Social se conseguir realizar-se como Estado educativo”.

⁶²³ Sobre o assunto, cf. ERIK SADDI, *Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988*, São Paulo: USP, 2010.

⁶²⁴ Cf. relatório da UNESCO. *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*. Brasília, 2007, p. 12.

⁶²⁵ Cf. de NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI, *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*, São Paulo: USP, 2009.

⁶²⁶ Para a UNESCO, *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, 2007, p. 29, o conceito de educação de qualidade é “conceito de grande diversidade de significados, com frequência não coincidentes entre os diferentes atores, porque implica um juízo de valor concernente ao tipo de educação que se queira para formar um ideal de pessoa e de sociedade. As qualidades que se exigem do ensino estão condicionadas por fatores ideológicos e políticos, pelos sentidos que se atribuem à educação num momento dado e em uma sociedade concreta, pelas diferentes concepções sobre o desenvolvimento humano e a aprendizagem, ou pelos valores predominantes em uma determinada cultura. Esses fatores são dinâmicos e mutantes, razão por que a definição de uma educação de qualidade

assecuratórias, explícitas ou implícitas, referentes à proteção desse direito, que decorrem tanto de dimensões estruturais coexistentes, na própria consistência do ser humano, quanto de um contexto histórico específico. As normas constitucionais que visam assegurar o direito à educação de qualidade representam opções ético-sociais básicas que inspiram toda construção do arcabouço infraconstitucional relativo ao direito da educação⁶²⁸. O jurista, como agente ativo no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, é o responsável direto pela exploração do conteúdo jurídico do direito à educação de qualidade no contexto do ordenamento nacional⁶²⁹.

Além disso, a educação de qualidade é adensada pelos princípios da relevância, pertinência, equidade, eficiência e eficácia⁶³⁰.

A dimensão da relevância na educação de qualidade implica a observação de quais são as finalidades da educação e se estas representam as aspirações do conjunto da sociedade e não apenas de determinados grupos de poder. O serviço educacional deve atentar à relevância, na medida em que promova aprendizagens significativas do ponto de vista das exigências sociais e de desenvolvimento pessoal. Em outras palavras, propiciar a aprendizagem das competências necessárias para incluir o estudante nas diferentes atividades da sociedade e encarar os desafios da atual sociedade do conhecimento⁶³¹.

Deve o serviço educacional de qualidade, ao mesmo tempo, ser pertinente, pois considerará as diferenças de aprender de cada aluno, de acordo com suas características e necessidades pessoais, observando-se seu contexto social e cultural. Vale dizer, a pertinência decorre da necessidade da prestação em adaptar-se às

também varia em diferentes períodos, de uma sociedade para outra e de alguns grupos ou indivíduos para outros”.

⁶²⁷ LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006, p. 441.

⁶²⁸ O conceito de educação de qualidade é aberto pois, a partir das lições de PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2007, p. 159, pode-se afirmar que “por mais paradoxal que possa ser, que só uma intencional imperfeição ou incompletude de muitas das normas pode salvar as leis de um vigência efêmera em matéria de bem-estar e de prevenção de riscos...”.

⁶²⁹ A junção de dois substantivos, que etimologicamente se aproximam, mas que ligados por uma preposição transformam-se num direito fundamental indispensável à efetividade dos direitos fundamentais, qual seja a educação de qualidade, desperta o espírito das mais variadas ciências sociais, fazendo-se necessário justificar a densidade jurídica do direito à educação de qualidade.

⁶³⁰ Cf. UNESCO, *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, 2007, p. 11.

⁶³¹ Cf. UNESCO, *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, 2007, p. 48.

necessidades e características dos estudantes e dos diversos contextos sociais e culturais⁶³².

Por sua vez, a educação de qualidade deve ser também equitativa, pois é preciso equilibrar os princípios de igualdade (o comum) e diferenciação (o diverso). O processo educacional deve observar as necessidades de todos os discentes no processo de aprendizagem⁶³³.

Outrossim, não se pode confundir educação de qualidade⁶³⁴ com educação eficaz e educação eficiente. A qualidade enfatiza a necessidade de otimização dos resultados sob o ponto de vista da pessoa humana potencial usuária do serviço educacional. Já a eficiência impõe uma exigência de otimização em relação ao tempo, ao custo e os benefícios pela prestação do serviço educacional⁶³⁵. A eficácia⁶³⁶, de outra sorte, traduzir-se-ia na prossecução otimizada dos objetivos traçados e a sua concretização⁶³⁷, ou seja, a eficácia seria a relação entre os resultados extrínsecos obtidos e os objetivos extrínsecos traçados. Na seara educacional, serviço educacional eficaz tão somente corresponderia à erradicação do analfabetismo, matrícula de todas as crianças e adolescentes no ensino fundamental etc., independentemente da qualidade do ensino prestado.

Sem embargo, a consecução da educação de qualidade numa dimensão estritamente econômica⁶³⁸ não é suficiente, pois o transforma num conceito *negociável*,

⁶³² Para a UNESCO, *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, 2007, p. 14, a seleção dos processos de aprendizagem e conteúdos deve ser feita, “considerando-se de que maneira contribuem para se alcançar os fins da educação, buscando um equilíbrio entre as exigências derivadas das demandas sociais e as exigências do desenvolvimento pessoal, além das do projeto social e cultural que se deseja promover mediante a educação escolar”.

⁶³³ Segundo o relatório da UNESCO, *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, Brasília, 2007, p. 48, “a equidade compreende os princípios de igualdade e diferenciação, porque somente uma educação ajustada às necessidades de cada um garantirá que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades de tornar efetivos seus direitos e alcançar os fins da educação em condições de igualdade”.

⁶³⁴ Cf. LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006, p. 2.

⁶³⁵ Para ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, Belo Horizonte, 2004, pp. 56 e ss.

⁶³⁶ Para L. PAREJO-ALFONSO, *La eficacia administrativa y la calidad de los servicios publicos*, Valencia, 2000, p. 63, a eficácia implica “la necesidad jurídica de la realización, en cada momento histórico, de la situación, consistente en la plena, satisfactoria y coherente efectividad del interes general, entendido como síntesis de la pluralidad de concretos intereses, valores o bienes protegidos simultáneamente por la comunidad jurídica y encomendados precisamente al poder público administrativo”.

⁶³⁷ LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006, p. 111.

⁶³⁸ Cf. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Econômico*, Coimbra, 2008, p. 503, apontam que, numa perspectiva

que acaba por se confundir com o de eficiência⁶³⁹, já que, em face à escassez dos recursos (reserva do possível), poderia levar ao seu comprometimento, pois a busca pelo emprego dos meios disponíveis, visando o melhor rendimento possível, acabaria por restringir a forma como o rendimento será repartido⁶⁴⁰.

O serviço educacional mais eficiente pode não ser o de melhor qualidade e o serviço de melhor qualidade pode não ser o mais eficaz; a educação de qualidade corresponderia à relação entre os resultados intrínsecos obtidos e os objetivos intrínsecos traçados, observando-se os meios utilizados no processo educacional⁶⁴¹.

A qualidade não é inata; decorre de um dirigismo estatal, na adoção de políticas públicas que buscam atingir o progresso do Estado, observando-se a reserva do possível, mas a intervenção estatal deve também responder às expectativas do cidadão quanto ao serviço prestado⁶⁴².

Sucede que há reserva constitucional na regulamentação da qualidade e os seus parâmetros racionais.

A educação de qualidade existe nos termos da lei, razão pela qual está sujeita expressamente a reserva de lei (concretizadora e restritiva) – ela desenvolve-se no âmbito das leis básicas referentes ao sistema de ensino; a competência organizatória (nas suas dimensões material, pessoal e econômica) da educação de qualidade é objeto de disciplina legal.

econômica, o Estado deve regular a prestação de serviços públicos educacionais de qualidade, através de um conjunto de normas técnicas obrigatórias, que visem a proteger os interesses gerais dos atores que integram a comunidade educacional (pais, filhos, professores, agentes públicos etc.).

⁶³⁹ Para ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, Belo Horizonte, 2004, p. 56, Estado Social eficiente “só pode ser o Estado que garanta, com recursos escassos, o atendimento otimizado dos fins sociais; o Estado que, com o menor sacrifício das liberdades e da propriedade, possibilite o maior atendimento das necessidades sociais”.

⁶⁴⁰ Nesse sentido, FERNANDO ARAÚJO, *Introdução à Economia*, Coimbra, 2006, p. 38, elucida que “a escassez é igualmente condicionante de conflitos de fundo, como aquele que se registra entre os valores da *eficiência* e da *justiça*: é que a prioridade dada à eficiência significa que o emprego de meios é avaliado em termos de maximização, ou seja, de capacidade de obter o maior rendimento possível a partir de um determinado conjunto de meios (caracterizando-se genericamente a *eficiência* como a afectação de recursos aos seus empregos com o máximo valor relativo); e essa prioridade implica orientações políticas muito diversas daquelas que seriam ditadas por uma primazia conferida à justiça, na qual o que conta é primordialmente a forma como o rendimento é repartido, a forma como a igualdade é verificada nas comparações intersubjectivas de resultados distribuídos, independentemente da dimensão total daquele rendimento cuja maximização é o alvo da eficiência”.

⁶⁴¹ Os objetivos intrínsecos decorrem de opções formuladas pela comunidade educacional participativa, que vai provocar o Poder Legislativo para consagrar os seus anseios através da legislação.

⁶⁴² Cf. LUCIE CLUZEL-MÉTAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, 2006, p. 497.

Entretanto, o controle da educação de qualidade é matéria de reserva constitucional, cujos critérios objetivos e subjetivos que serão estabelecidos para identificá-la não se esgotam no Poder Legislativo⁶⁴³, pois eles serão definidos “de preferência mediante um processo de participação ativa, envolvendo grupos e a comunidade”, que definiram os sistemas tradicionais de aprendizagem que existem na sociedade e a demanda real por serviços de educação de qualidade⁶⁴⁴.

O legislador tem limites materiais de intervenção na seara educacional, na medida em que a democracia participativa não se esgota nos Parlamentos e a Constituição Brasileira de 1988 não conferiu ao Estado o monopólio normativo quanto à densificação da educação de qualidade, uma vez que educação de qualidade não se confunde com educação estatal⁶⁴⁵.

De fato, o direito à educação de qualidade não visa agredir o direito à própria identidade, mas sim permitir ao indivíduo que exerça suas liberdades na diversidade, desenvolvendo novas formas de convivência baseadas no pluralismo, no entendimento mútuo e nas relações democráticas. Por sua parte, a percepção e a vivência da diversidade permitem construir e reafirmar a própria identidade e distinguir-se dos outros; ou seja, aprender a ser. A educação de qualidade estimula a liberdade de escolha e não o contrário.

A aferição da educação de qualidade se assenta, pois, em condições humanas e materiais indispensáveis à recognoscibilidade da atividade prestada e não se

⁶⁴³ PAULO OTERO, *Legalidade...*, *op. cit.*, p. 290, ensina que “o desenvolvimento do Direito Administrativo de um Estado de Direito material impõe que a legalidade administrativa, sem prejuízo de compreender também uma dimensão de “legalidade democrática” – integrando esta todo o conjunto de normas provenientes de órgãos dotados de legitimidade político-democrática e que, no s termos da Constituição, expressam critérios de decisão administrativa...”.

⁶⁴⁴ Foi decidido na Declaração de Jontiem em 1990, como princípio de ação que “O primeiro passo consiste em identificar, de preferência mediante um processo de participação ativa, envolvendo grupos e a comunidade, os sistemas tradicionais de aprendizagem que existem na sociedade e a demanda real por serviços de educação básica, seja em termos de escolaridade formal, seja em programas de educação não-formal. Consiste em abordar, por todos os meios, as necessidades de aprendizagem básica: cuidados básicos e oportunidades de desenvolvimento e educação infantis; ensino fundamental relevante, de qualidade, ou uma educação extra-escolar equivalente para as crianças; e alfabetização, conhecimentos básicos e capacitação de jovens e adultos em habilidades para a vida cotidiana. Significa também capitalizar o uso dos meios tradicionais e modernos de informação e de tecnologias para educar o público em questões de interesse social e apoiar as atividades de educação básica. Esses elementos complementares da educação básica devem ser concebidos de maneira a garantir o acesso equitativo, a participação contínua e a aquisição efetiva da aprendizagem. A satisfação das necessidades básicas de aprendizagem também envolve ações de adequação dos ambientes familiar e comunitário à aprendizagem, e a correlação da educação básica a um contexto socioeconômico mais amplo”.

⁶⁴⁵ Educação de qualidade visa proteger as liberdades individuais para que ela possa desenvolver suas habilidade específica numa sociedade plural.

desprende apenas da legislação interna de cada Estado e nas normas internacionais que tratam sobre a matéria⁶⁴⁶, pois a autonomia para regulamentar o ensino de qualidade não pode ser configurada como substrato associativo de uma homogeneidade de interesses⁶⁴⁷.

Com efeito, educação de qualidade não é matéria reservada somente à lei, pois os critérios de avaliação objetivos decorrerão também de escolhas da comunidade educativa (Conselhos Curadores, Associação de Pais, Diretórios Acadêmicos, Associações de Professores)⁶⁴⁸ que regularão a matéria, não podendo comprometer a eficácia de princípios constitucionais estruturantes, sob pena de caber o controle jurisdicional em relação aos mesmos⁶⁴⁹.

Nesse preciso contexto, ao mesmo tempo que não caberá ao Poder Judiciário definir o conceito de educação de qualidade impondo juízo valorativo à

⁶⁴⁶ Em março de 2007, foi realizada em Buenos Aires, Argentina, a Segunda Reunião Intergovernamental de Ministros de Educação do Projeto Regional de Educação para a América Latina e o Caribe (PRELAC), cujo tema central foi a educação de qualidade para todos, que resultou na elaboração de um documento denominado *Educação de Qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*, cuja apresentação foi elaborada pela atual Diretora do Escritório Regional de Educação da UNESCO para a América Latina e o Caribe - OREAL/UNESCO, que consignou que “uma educação é de qualidade se promove o desenvolvimento das competências necessárias à participação nas diferentes áreas da vida humana, enfrentamento dos desafios da sociedade atual e desenvolvimento do projeto de vida em relação com o outro. O desenvolvimento integral da personalidade é uma das finalidades que são atribuídas à educação em todos os instrumentos de caráter internacional e nas legislações dos países da região”.

⁶⁴⁷ Conforme ilustra CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 270, “a qualidade de ensino é subsidiável e não transacionável”. De fato, a busca pela qualidade do ensino não conflita com a liberdade de ensino, pois o Estado deve intervir na educação para impor critérios de exigência para que as escolas públicas e particulares venham a alcançá-la.

⁶⁴⁸ Nos Estados Unidos, CHARLES GLEEN, *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. Volume 3. Netherlands: WLP, 2005, *op. cit.*, p. 367, afirma que “Traditionally, it has been the responsibility of the boards for each of more than 15.000 local school districts – accountable to parents and other voters – to ensure that the education provided was of adequate quality”.

⁶⁴⁹ CARLA AMADO GOMES, *Direitos e deveres...*, *op. cit.*, defende que embora exista um ensino de qualidade, não existe o direito ao ensino de qualidade. A autora leciona que a qualidade de ensino é uma realidade dúplice, que se identifica por fatores imediatos e por pressupostos endógenos e exógenos. Os fatores imediatos se desdobram em requisitos essenciais e acessórios. O primeiro corresponderia a prestação letiva – a própria atividade material de dar aulas desempenhada pelo professor e o segundo, corresponderia ao contexto, humano e físico, em que aquela atividade é desempenhada. Os pressupostos endógenos corresponderiam, por um lado, aqueles relativos ao desempenho do docente que oferece a prestação letiva, e por outro, a existência de currículos disciplinares adequado ao fornecimento de dados do conhecimento essencial à preparação dos alunos. Os pressupostos exógenos seriam aqueles relativos à avaliação externa do docente. Logo, em que pese existir ensino de qualidade não seria poder proteger um direito à educação de qualidade, pois a avaliação deveria observar três aspectos: a) a dificuldade de se avaliar uma prestação imaterial, na medida em que a prestação letiva se concretiza pela transmissão do conhecimento; b) o momento de aferição do grau de satisfação do utilizador. V. g., uma aparente boa formação pode, por razões econômicas conjunturais, não ter sequência no acesso à profissão desejada e, ao mesmo tempo, um sujeito com formação deficiente, pode ter acesso à profissão pretendida; c) deve se observar as barreiras da subjetividade do aluno, em face a diversos fatores que podem comprometer a avaliação (fatores genéticos, sociais, econômicos etc.)”.

concretização do que pode ou não ser juridicamente concretizado como serviço educacional qualificado, não poderá o magistrado desmerecer os requisitos objetivos que se traduzem nas opções da sociedade determinada na legislação educacional, para exigir o cumprimento das políticas positivas e negativas que devem ser adotadas como indispensável à consecução de educação de qualidade. Proteger a educação de qualidade não se confunde com programação de modelo educacional⁶⁵⁰.

Com efeito, a prestação do serviço educacional não pode desrespeitar as normas imperativas do estatuto legal das instituições educacionais sobre qualidade, na medida em que o direito à educação de qualidade mínima será aferido através da efetivação dos seguintes parâmetros racionais⁶⁵¹:

- i) gestão da escola (art. 206, VI da CF e art. 3º, VIII da LDB);
- ii) respeito à carga horária de efetivo trabalho escolar (art. 24, I da LDB);
- iii) organização do espaço escolar (arts. 4º, IX, 25, 74 e 75 da LDB);
- iv) valorização dos profissionais da educação (art. 67, II da LDB);
- v) composição e dinâmica do currículo escola (art. 210 da CF/88);
- vi) orientação didático-pedagógica (art. 3º, III da LDB);
- vii) formas de formas de avaliação (art. 24, V da LDB);
- viii) participação da família na escola (art. 53 do ECA); e o
- ix) reconhecimento da comunidade e apoio das autoridades (art. 205 da CF/88);
- x) direito à matrícula;
- xi) direito aos programas suplementares (direito ao transporte escolar, material didático, alimentação e assistência à saúde);

⁶⁵⁰ Reza o art. 43º, nº 3 da Constituição Portuguesa que: “O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”.

⁶⁵¹ Sobre os parâmetros racionais, conferir a excelente obra de ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Parâmetros dogmáticos do ativismo judicial em matéria constitucional*, Tese (Concurso de Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

- xii) direito à fiscalização dos valores destinados à educação; e
- xiii) direito à avaliação⁶⁵².

Além disso, insta salientar que a expressão padrão de qualidade mínima buscou não deixar dúvidas quanto à impossibilidade de que os requisitos mínimos não venham deixar de ser atendidos pelos destinatários⁶⁵³ (Estado, família e sociedade) do dever de garantir o acesso ao ensino fundamental de qualidade, evitando-se assim o crescimento do analfabetismo funcional⁶⁵⁴. Não se pode presumir que o legislador constituinte brasileiro foi pouco ambicioso ao preconizar um padrão mínimo de qualidade, até porque este princípio deve ser interpretado de forma a atingir a máxima efetividade - o máximo existencial - o maior grau de eficácia social possível e não a mínima.

Entretanto, a crise na efetividade do direito à educação de qualidade não pode admitir a sua judicialização, de forma a permitir que o Poder Judiciário venha a usurpar a competência da comunidade participativa educacional, através do exercício de

⁶⁵² Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I*, Coimbra, 2005, p. 741, a “avaliação de qualidade do ensino (e da investigação) não é propriamente um limite à autonomia, mas sim: quanto interna, ainda uma forma de realização ou otimização de autonomia; - e quanto externa, uma obrigação do Estado, em nome do interesse geral”.

⁶⁵³ No Brasil, os requisitos objetivos que consubstanciam prestação de serviço de qualidade são definidos nos artigos 12 e 13 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/20 de dezembro de 1996, que preconizam o seguinte: “Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: I - elaborar e executar sua proposta pedagógica; II - administrar seu pessoal e seus recursos materiais e financeiros; III - assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas; IV - velar pelo cumprimento do plano de trabalho de cada docente; V - prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento; VI - articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola; VII - informar os pais e responsáveis sobre a frequência e o rendimento dos alunos, bem como sobre a execução de sua proposta pedagógica. VIII – notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao respectivo representante do Ministério Público a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei. Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de: I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino; II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino; III - zelar pela aprendizagem dos alunos; IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento; V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional; VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade”.

⁶⁵⁴ DANIEL AUGUSTO MOREIRA, *Analfabetismo funcional: o mal nosso de cada dia*, São Paulo, 2003, p. 81, informa que os analfabetos funcionais defrontam-se com significativas desvantagens nas suas tentativas de adaptação ao mercado de trabalho em ocupações que exigem cada vez mais uma preparação com a palavra escrita, resultando, portanto, na perda de oportunidades e maior probabilidade de desemprego. Além de sofrerem sérios percalços em sua trajetória de vida, v. g., a falta de alfabetização adequada impedirá o cidadão de usufruir devidamente dos benefícios que tornam a vida mais agradável, em tudo que envolva direta ou indiretamente a leitura ou o contato com símbolos, além de influenciar no seu nível salarial, e, conseqüentemente, em seu nível e qualidade de vida.

um ativismo judicial legislativo positivo ou negativo, o que levaria o Poder Judiciário a gerir a *res publica educationem*.

O controle jurisdicional protegerá o direito à educação de qualidade, mas a função de injunção – integração das lacunas em relação à educação de qualidade - é exercida pela comunidade participativa educacional, que ultrapassa a atividade do Poder Judiciário. Os Tribunais controlam a legalidade formal, orgânica e, excepcionalmente, a material da educação de qualidade, na hipótese de violação aos princípios de matiz constitucional. V. g., uma resolução expedida pelo Ministério da Educação que venha a estimular discriminações negativas entre os estrangeiros.

Sucedendo, entretanto, que, ao passo que a sociedade brasileira não pode tolerar um ativismo judicial⁶⁵⁵ inconsequente, ela clama pela atuação efetiva do Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional de atos que desrespeitem os princípios e regras constitucionais que norteiam a Administração Pública.

Com efeito, o Estado do bem-estar social concretizador exige um novo perfil do Poder Judiciário⁶⁵⁶, que corresponde ao ativismo judicial *pro societatis* – a atuação do juiz próximo à sociedade, em caráter suprapartidário, objetivando assegurar a real efetividade do direito à educação de qualidade, sem desmerecer a separação das funções estatais. Não se pode confundir mensuração de educação de qualidade com a sua proteção. Ao passo que o Poder Judiciário não pode aferir educação de qualidade, ele deverá proteger o direito do titular do direito fundamental à educação de qualidade, quando houver demonstração de que o mesmo fora violado⁶⁵⁷.

Nesse sentido, a emergência do princípio da qualidade deve orientar a prestação do serviço educacional obrigatório, servindo a garantia da qualidade mínima

⁶⁵⁵ Sobre o equilíbrio entre o ativismo judicial e a moderação judicial, RONALD DWORKIN, *Levando os Direitos à sério*, op. cit., pp. 215 a 220.

⁶⁵⁶ Em Portugal, acórdão do STA de 7 de julho de 2005 pontifica que: “o dever geral de boa gestão das escolas não se fica pela sua componente económica e financeira, pois abrange também a sua componente pedagógica, a qual passa pela prestação de um ensino de qualidade e, consequentemente, pela obrigação de ministrar aos seus alunos a totalidade das aulas que constam dos seus currículos e justifica a contratação de novos docentes quando o professor efectivado falte e se admita que esta ausência seja prolongada”.

⁶⁵⁷ Sobre o controle da qualidade do ensino superior, ALEXANDRA LEITÃO, p. 531, defende que o Estado, em face ao artigo 1º, nº 1, do RJIES, exerce poderes de tutela (controle) sobre as universidades públicas e não de superintendência (emissão de diretivas) e que essa tutela deverá ser, em princípio, de mera legalidade. Ou seja, “o Estado controla a legalidade da atuação das universidades, mas não o mérito – a qualidade – dessa atuação, pelo menos quanto às matérias científicas e pedagógicas”.

como habilitação imediata do agir da Administração⁶⁵⁸, na medida em que a “reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”⁶⁵⁹.

A avaliação e determinação do nexo de causalidade entre deficiências no âmbito do sistema de ensino e prejuízos para a formação do aluno pode ser auferida pelo Poder Judiciário⁶⁶⁰, que deve se pautar em critérios objetivos para assegurar a proteção ao direito ao ensino de qualidade⁶⁶¹.

O controle da qualidade na autorização concedida aos particulares na gestão e execução dos serviços educacionais deve ser compreendido no âmbito do direito administrativo como direito regulador da atividade⁶⁶².

O controle de qualidade⁶⁶³ deve observar também os indicadores que não podem ser definidos em caráter unilateral, mas fruto de uma reflexão coletiva⁶⁶⁴,

⁶⁵⁸ PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, 2007, p. 733, reconhece que a lei foi substituída pela Constituição como a principal fonte do direito administrativo.

⁶⁵⁹ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 723.

⁶⁶⁰ A preocupação do Estado em obter estatísticas expressivas de acesso sem qualidade não pode ser toleradas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade..., cit.*, p. 123, afirma que “o direito (-dever) à escolaridade obrigatória há-de ser um direito dos cidadãos a um efectivo (e não fictício) ensino e à correspondente certificação do mesmo. O que implica, designadamente, que o Estado não vá pela via do facilitismo ou do laxismo no ensino, que em geral tem acompanhado a actual massificação deste...”.

⁶⁶¹ CARLA AMADO, *Descentralização..., cit.*, p. 276, defende que a responsabilização pela falta de qualidade no ensino pode ser imputada em situações de flagrante incumprimento das obrigações legais e constitucionais, já que “demasiado remota e incerta para satisfazer pretensões vivenciais concretas, a responsabilização jurídica pela má qualidade do ensino prestado – sobretudo em situações em que à autonomia das escolas se junte a descentralização orgânica (ensino básico) e a centralização científica – afigura-se uma via virtuosa, ressalvadas as hipóteses em que se consiga “isolar” um factor directamente determinante do dano sofrido pelo estudante”. Quanto à responsabilização judicial pela falta de qualidade ensino, ela acha difícil imputá-la, pois “a qualidade de ensino depende, em primeira linha, de dois vectores fundamentais: por um lado, da existência de infra-estruturas que permitam aos alunos apreender a mensagem lectiva que lhes é transmitida em condições adequadas e aos professores realizar a prestação lectiva com condições suficientes; por outro lado, da inteligibilidade da mensagem lectiva tendo em consideração um aluno médio (não excessivamente estudioso nem preguiçoso)”.

⁶⁶² Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade, cit.*, p. 735, diante da constatação da vinculação direta e imediata das autoridades administrativas aos direitos fundamentais, extrai as seguintes ilações: (1) na falta ou ausência de lei, está a Administração obrigada a aplicar a norma constitucional; (2) mesmo existindo lei, surgem as normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os atos infraconstitucionais por parte da Administração Pública; (3) diante de leis violadoras de direitos fundamentais, deve a Administração desaplicar as referidas leis inconstitucionais, preferindo a Constituição à lei; e (4) a violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade do respectivo ato jurídico.

⁶⁶³ Insta salientar as lições de SALOMÃO BARROS XIMENES, Cf. *Custo Aluno-Qualidade: um novo paradigma para o direito à Educação e seu financiamento*, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 323 e 324, que defende a existência de parâmetros vinculantes na legislação educacional em vigor, relacionados: i) à acessibilidade e à gratuidade escolar; ii) aos padrões mínimos de infraestrutura das unidades de ensino;

permitindo apreender a qualidade sob todas as facetas, integrando o ponto de vista das administrações, dos alunos, dos professores etc.

III.2.3. Princípios especiais do ensino obrigatório

III.2.3.1. Princípio da precedência familiar na escolha da educação da criança

O princípio da precedência familiar na escolha da educação da criança encontra-se no artigo 26.3 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*⁶⁶⁵, de 10 de dezembro de 1948, que dispõe: “3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”, assim como no *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, de 16 de dezembro de 1966, que dispõe, no seu artigo 13.1, que: “1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a *respeitar a liberdade dos pais* e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, *sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado*, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

Na mesma senda, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 07 de dezembro de 2000, reafirmou o princípio da precedência e consignou no artigo 14º, nº 3 que: “3. São respeitados, segundo as legislações nacionais

iii) ao aprendizado e à jornada escolar dos estudantes; iv) à formação e valorização do magistério; à gestão democrática do ensino e à participação estudantil.

⁶⁶⁴ A participação da comunidade é exigida na Lei do FUNDEF que foi revogada em parte pela Lei nº 11.494 de 20 de junho de 2007 – Lei do FUNDEB, que estabeleceu no seu artigo 38 que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão assegurar no financiamento da educação básica, previsto no art. 212 da Constituição Federal, a melhoria da qualidade do ensino, de forma a garantir padrão mínimo de qualidade definido nacionalmente. Parágrafo único. É assegurada a participação popular e da comunidade educacional no processo de definição do padrão nacional de qualidade referido no caput deste artigo”.

⁶⁶⁵Foi ratificada pelo Brasil na mesma data. A designação atual decorreu da Resolução 548 (VI), da Assembleia Geral, que deliberou pela substituição da anterior – Declaração Universal dos Direitos do Homem – em todas as publicações anteriores.

que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas”.

De fato, o Estado deve exercer papel subsidiário no ensino obrigatório⁶⁶⁶ do indivíduo, não promovendo ingerência na autonomia familiar quanto às escolhas religiosas, filosóficas e pedagógicas, desde que protegido o melhor interesse do menor, sendo o texto constitucional irlandês emblemático quanto a parâmetro racional adequado para fins de empréstimo normativo num diálogo constitucional entre os países que integram a União Europeia, ao estabelecer no seu artigo 42⁶⁶⁷.

III.2.3.2. Princípio da proteção integral do interesse do educando

O princípio da proteção integral⁶⁶⁸ do interesse do educando decorre do microsistema jurídico de proteção ao direito da criança, do adolescente e do jovem,

⁶⁶⁶ TOMASEVSKI, Katarina. Why isn't Education Free? In _____. Jan; LAUWERS, Gracienne. *The Right to Education and Rights in Education*. Netherlands: WLP, 2006, pp. 261-276. “Government human rights obligations include ensuring that education is available as well as respecting parental freedom to choose education of their children. Compulsory education represents the power of the state to impose, regulate, compel and control education. As for all other powers of the state, human rights safeguards are necessary. Parental freedom of choice concerning education of their children has been the counterweight to the imposition of uniform public education from the very emergence of international human rights law. It has balanced the right of the state to compel children to be educated and the right of their parents to opt out of compulsory education.

⁶⁶⁷ “1. The State acknowledges that the primary and natural educator of the child is the Family and guarantees to respect the inalienable right and duty of parents to provide, according to their means, for the religious and moral, intellectual, physical and social education of their children.

2. Parents shall be free to provide this education in their homes or in private schools or in schools recognised or established by the State.

3.

1°. The State shall not oblige parents in violation of their conscience and lawful preference to send their children to schools established by the State, or to any particular type of school designated by the State.

2. The State shall, however, as guardian of the common good, require in view of actual conditions that the children receive a certain minimum education, moral, intellectual and social.

4. The State shall provide for free primary education and shall endeavour to supplement and give reasonable aid to private and corporate educational initiative, and, when the public good requires it, provide other educational facilities or institutions with due regard, however, for the rights of parents, especially in the matter of religious and moral formation”.

⁶⁶⁸ MARCELLA REGINA GRUPPI RODRIGUES, *Teoria da proteção integral: o reconhecimento do microsistema dos direitos da criança e do adolescente*, São Paulo, 2014, p. 290, afirma que: “A proteção integral tem vista o viver com dignidade em uma fase da vida que se necessita de maiores cuidados para tornar-se um adulto saudável e capaz de desenvolver-se na sociedade. Sendo assim, a proteção interessa a todos os indivíduos e à sociedade como um todo. Nesse contexto, o direito da criança e do adolescente alcança o coletivo, tutelando ao mesmo tempo o interesse pessoal e o coletivo”.

previsto em diversos diplomas legais, na Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, na Constituição Federal de 1988⁶⁶⁹, no Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁷⁰, no Estatuto do Jovem, nas Convenções n.ºs 138 e 182 da OIT e nas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.

Dentre os direitos fundamentais resguardados pelo princípio da proteção integral das crianças, adolescente e jovens previstos no artigo 227 da CF/88, está a educação, cujo texto é reafirmado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio da proteção integral é instrumentalizado por dois princípios: o princípio da prioridade absoluta e o princípio do respeito à condição da pessoa em processo de desenvolvimento. O primeiro, além do escopo interpretativo na solução de conflitos, reforça diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais⁶⁷¹ e *cumprimento dos deveres fundamentais*, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução. Já o segundo princípio diz respeito aos atributos

⁶⁶⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁶⁷⁰ O ECA prevê desde o início do seu texto que:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.”

⁶⁷¹ MARCELLA REGINA GRUPPI RODRIGUES, *Teoria da proteção integral: o reconhecimento do microsistema dos direitos da criança e do adolescente*, São Paulo, 2014, p. 291.

individualizados que devem ser levados em consideração, observando todos os direitos da personalidade, respeitando à condição de pessoa em processo de desenvolvimento⁶⁷².

⁶⁷² O artigo 71 do ECA estabelece como direitos fundamentais que decorrem do princípio do respeito à condição de pessoa em desenvolvimento: i) o direito à informação adequada; ii) o direito à cultura humanista; iii) o direito ao esporte seguro; iv) o direito ao lazer protegido; v) o direito à diversão saudável; vi) o direito a produtos e serviços que respeitem a condição de crianças como pessoa em processo de desenvolvimento. Estabelece o artigo 71 que: “Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

CAPÍTULO IV – Aplicabilidade e eficácia da norma constitucional relativa ao dever de instrução obrigatória

IV.1. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais

IV.1.1 Breve histórico sobre a temática do estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais

Todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e sua aplicabilidade dependerá, no limite objetivo, do seu teor normativo. Em outras palavras, todas elas irradiam efeitos jurídicos, o que implica uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição que aderem e a nova ordenação instaurada; entretanto a eficácia⁶⁷³ de certas normas constitucionais não se manifesta totalmente, enquanto não for criada a norma ordinária ou complementar executória.

A discussão sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais tem sua gênese nos Estados Unidos, quando THOMAS COOLEY, Juiz da Suprema Corte de Michigan, dividiu as normas constitucionais em duas grandes categorias, quanto à sua eficácia: i) normas constitucionais *self-executing* (*self-enforcing*) e normas constitucionais *not self-executing* (*not self-enforcing*)⁶⁷⁴. As primeiras estariam aptas a atuar desde o instante em que viessem a ser inseridas no ordenamento, enquanto as últimas dependeriam da atuação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos.

No Brasil, a doutrina brasileira (CARLOS MAXIMILIANO, PONTES DE MIRANDA, VICTOR NUNES LEAL, NELSON DE SOUZA SAMPAIO) foi fortemente influenciada pela doutrina norte-americana através de RUY BARBOSA, que utilizou as expressões *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. As primeiras seriam desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam –

⁶⁷³ Para NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, 1992, p. 10, uma coisa é a proclamação dos direitos, outra é a possibilidade de desfrutá-los, na medida em que a linguagem dos direitos tem, indubitavelmente, a função prática de emprestar força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais, mas se torna enganadora se ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

⁶⁷⁴ Cf. THOMAS COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations Power of States of the American Union*, 7ª. ed., Boston: Little, Brown and Co., 1903, pp. 119-121.

normas auto-executáveis, enquanto as últimas seriam de aplicabilidade dependente de leis posteriores – normas não auto-executáveis ou mandamentais⁶⁷⁵.

Após a segunda Guerra, motivados pela decisão judicial proferida pela Corte de Cassação Penal Italiana, em 7 de fevereiro de 1948, cuja ementa concluía que as disposições constitucionais, às vezes, são de natureza programática, às vezes de natureza jurídica, o que equivaleria a negar juridicidade às normas programáticas, constitucionalistas italianos (VEZIO CRISAFULLI⁶⁷⁶, GAETANO AZZARITI, MEUCCIO RUINI, UGO NATOLI, SAVERIO DE SIMONE, PAOLO BARILE, dentre outros) começaram a discutir o tema, nomeadamente, sobre a força normativa das chamadas normas programáticas.

Após tantas discordâncias e posições insustentáveis, a jurisprudência e a doutrina italianas formularam uma classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e à aplicabilidade, qual seja: a) *normas diretivas ou programáticas*, que não têm qualquer preceito concreto, mas informam diretrizes ao legislador futuro, e não excluiriam a possibilidade de que fossem emanadas leis em desconformidade com elas; b) *normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata*, que seriam aquelas que invalidariam qualquer lei discordante e modificam ou ab-rogam as anteriores que com elas contrastem; c) *normas preceptivas, obrigatórias, mas de aplicabilidade não imediata*, que seriam aquelas normas dependentes de normas integrativas⁶⁷⁷.

No Brasil, quem primeiro adotou as ideias de CRISAFULLI e se preocupou em distinguir as normas constitucionais quanto à sua eficácia, no direito pátrio, foi JOÃO HORÁCIO MEIRELLES TEIXEIRA, cuja obra só veio a lume em 1991, ensinando que as normas constitucionais podem ser divididas em: a) normas constitucionais de eficácia plena, de aplicação imediata e b) normas constitucionais de eficácia limitada em normas programáticas e normas de legislação. As primeiras seriam aquelas que versariam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo

⁶⁷⁵ Sobre o histórico da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais no Brasil, cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 2007, pp. 63-81, e PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, *Eficácia e aplicabilidade das normas programáticas*, São Paulo, 1999, pp. 145-169.

⁶⁷⁶ Cf. VEZIO CRISAFULLI, *Le norme "Programmatiche dela Costituzione"*, Milão, 1989, p. 62.

⁶⁷⁷ Foi através da tese *Aplicabilidade das normas constitucionais*, em 1969, que JOSÉ AFONSO DA SILVA consagrou-se Professor Titular da cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

programas de ação social (v.g., artigos 196 e 217 da CF/88) e as últimas aquelas que informam a necessidade da criação de uma legislação posterior.

Entretanto, foi a partir das lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶⁷⁸ que, reformulando a classificação de CRISAFULLI, o tema aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais passou a ser amplamente discutido nos Tribunais, na medida em que até o momento da publicação de sua tese, a abordagem pela doutrina e jurisprudência sobre o assunto era de forma assistemática.

Com efeito, a obra de JOSÉ AFONSO DA SILVA foi a obra certa, no momento certo, uma vez que os *efeitos da Revolução Copernicana do Direito Público* também se faziam presentes no Brasil e se fazia necessário uma obra brasileira que discutisse a temática, debatida na Itália após a Segunda Guerra Mundial.

A classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA quanto à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, em que pese ter sido objeto de várias tentativas de reformulação e críticas⁶⁷⁹, é ainda a mais adotada pela maior parte da doutrina brasileira e pelos Tribunais Pátrios.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶⁸⁰, as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade podem ser admitidas:

a) *as normas constitucionais de eficácia plena*, que seriam aquelas que produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), desde a entrada em vigor da Constituição. Têm aplicabilidade direta, imediata e integral;

⁶⁷⁸ A versão afonsiana sobre a aplicabilidade das normas constitucionais corresponde a uma tradição da doutrina constitucional brasileira em adaptar da melhor forma possível, observando-se a realidade pátria, os avanços da doutrina constitucional do Velho Continente, em especial, da doutrina lusitana, francesa, italiana e germânica.

⁶⁷⁹ A doutrina brasileira sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais é bastante vasta, podendo-se citar dentre outras obras que se destacam na matéria: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, in Revista de Direito Público, São Paulo, 1981, pp. 233 a 256; EROS ROBERTO GRAU, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo, 1988; MARIA HELENA DINIZ, *Norma constitucional e seus efeitos*, 3ª Edição, São Paulo, 1997; PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA, *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, São Paulo, 1999; LUÍS ROBERTO BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 5ª. Edição, Rio de Janeiro, 2001; PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª Edição, São Paulo, 2002; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, 2004; ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, *A eficácia dos direitos sociais*, Salvador, 2007.

⁶⁸⁰ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 2007.

b) *as normas constitucionais de eficácia contida*, que incidem imediatamente e produzem todos os efeitos pretendidos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites. Seriam, pois, normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, pois estariam sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade e

c) *as normas de eficácia limitada ou reduzida* seriam aquelas que dependeriam de normatividade posterior para que produzissem seus efeitos essenciais, por uma opção do legislador constituinte. São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque só incidirão totalmente após a normatividade ulterior que lhes desenvolva eficácia. E as normas de eficácia reduzida ora declarariam princípios organizativos ou institutivos, ora declarariam princípios programáticos.

Entretanto, como toda e qualquer obra científica, a obra afonsiana precisa de constantes reparos e avanços, nomeadamente, quanto:

a) a relevância da classificação das normas constitucionais de eficácia contida, pois a diferença entre as normas de eficácia plena e contida seria quanto a possibilidade da norma em sofrer restrições em relação à outra norma (se constitucional, norma de eficácia plena, se infraconstitucional, norma de eficácia contida) o que não justificaria a necessidade desta divisão;

b) em considerar os direitos sociais como normas programáticas contrariaria a classificação em normas de aplicabilidade imediata e mediata, em face ao artigo 5º, parágrafo 1º da CF;

c) não atenderia à classificação das normas relativas aos deveres fundamentais, pois existem deveres fundamentais que não são de aplicabilidade imediata, mas também não são nem normas institutivas ou organizatórias, muitos menos programáticas.

Além disso, a classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA não tratou, minimamente, sobre os deveres fundamentais, e qualquer tentativa em utilizar sua classificação acabaria por considerar os deveres autônomos como normas constitucionais de eficácia limitada *sui generis*.

IV.1.2 Diálogo entre VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA e JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre a sobre o estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais

Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA⁶⁸¹, a classificação tríplice de JOSÉ AFONSO DA SILVA encontra três problemas.

Em primeiro lugar, o problema terminológico, porque o termo “normas constitucionais de eficácia contida” transmitiria uma ideia de limitação existente, quando, na verdade, a restrição seria apenas uma possibilidade, sendo mais rigoroso falar em “normas constitucionais restringíveis” ou, se preferir, “contíveis”.

Em segundo lugar, as normas de eficácia plena e aquelas de eficácia contida fariam parte de um mesmo gênero, apenas se diferenciando quanto à possibilidade de restrição (as primeiras seriam irrestringíveis). Isto porque, o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA qualifica as duas como de eficácia imediata e aplicabilidade plena. Daí que seriam duas espécies do mesmo gênero, existindo, portanto, apenas duas categorias de normas constitucionais: de eficácia plena e de eficácia contida.

O último é de ordem existencial. Isto porque, se põe em dúvida a premissa de que as normas de eficácia plena não seriam passíveis de restrição. Como defendido por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, em todo o contexto das restrições aos direitos fundamentais, *todas* as normas constitucionais podem ser restringidas pela legislação ordinária⁶⁸².

Sucede, pois, que para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, eficácia *estritamente jurídica* depende de outras variáveis que não apenas o texto constitucional, pois devem estar presentes *os elementos normativos para adequá-la* à produção de

⁶⁸¹ Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, 2009, pp. 219-220.

⁶⁸² Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo, 2009, p. 227, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida foi colocada em xeque, porque se baseia justamente na possibilidade ou impossibilidade de restrições. Normas de eficácia plena não seriam restringíveis, enquanto as normas de eficácia contida seriam. Contudo, se todos os direitos fundamentais são restringíveis, a distinção perderia sua razão de ser.

efeitos concretos, que pode ser desde a simples elaboração de legislação infraconstitucional até a estruturação de órgãos e instituições⁶⁸³.

Em resposta à crítica terminológica de seu filho, JOSÉ AFONSO DA SILVA recentemente publicou a obra *Teoria do conhecimento constitucional*, esclarecendo que “a Constituição de 1946, sob a qual foi escrito o livro, trazia diversos conceitos que já estabeleciam a contenção de normas definidoras de direitos individuais, como respeito à ‘ordem pública’, ‘bons costumes’ etc., o que perdurou, mais ou menos, nas outras. Então, em face desses conceitos, naqueles casos específicos a contenção já era fato, não apenas uma possibilidade. Daí, o termo ‘contida’ era adequado, com abrangência inclusive para os demais casos. Por outro lado, sem desconhecer certa procedência na observação dos autores, especialmente quanto ao ‘contível’, não tanto quanto ao ‘restringível’, como o termo já tinha entrado na terminologia da doutrina e da jurisprudência, não me pareceu e não me parece que convenha substituí-lo”⁶⁸⁴.

Ao segundo problema apontado por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, designado de classificatório, rebate com justificativa também lançada anteriormente: “é observação que também não muda a essência das coisas, pois o essencial é que se reconhece a existência da diferença entre ambas, seja como gêneros diversos, seja como espécies do mesmo gênero”⁶⁸⁵, pois sobre a inexistência de distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, quanto ao segundo tipo significa dizer que as normas não tiveram ainda força para gerar as instituições adequadas para sua plena eficácia.

Sua classificação faz grande esforço para aproximar tanto quanto possível a eficácia dos direitos sociais à eficácia dos direitos individuais, buscando o máximo de efetividade para todos os direitos fundamentais, ao passo que a crítica de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA “sustenta uma concepção que admite, ou até postula, o rebaixamento da eficácia até mesmo das normas de eficácia plena. Nesse particular, é lamentável ter que concluir que se trata de posição bastante conservadora, porque

⁶⁸³ Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 230.

⁶⁸⁴ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Teoria do conhecimento constitucional*, São Paulo, 2014, p. 564.

⁶⁸⁵ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 565.

regressiva e contrária àquele movimento de positivação e subjetivação dos direitos de liberdade ocorrido no século XIX, ordinário (assim chamada a sua *positivação*)”⁶⁸⁶.

IV.2. A aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais para a doutrina lusitana

Em Portugal, as ideias de VEZIO CRISAFULLI também irradiaram efeitos, na medida em que eminentes constitucionalistas lusitanos (JORGE MIRANDA e GOMES CANOTILHO), após a Revolução Copernicana do Direito Público, adaptaram seus ensinamentos, influenciando gerações de constitucionalistas de todos os países da língua portuguesa, com estudos aprofundados sobre a matéria, relacionando com o tema deveres fundamentais.

Sucede, pois, que para se chegar à classificação mais adequada quanto a qual seria a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais⁶⁸⁷ relativas aos deveres fundamentais, faz-se indispensável demonstrar o entendimento da melhor doutrina lusitana sobre a matéria, na medida em que controvérsias doutrinárias e desnecessários equívocos têm surgido, atualmente, em relação à temática⁶⁸⁸.

Buscando traçar um estudo da doutrina constitucional lusitana⁶⁸⁹ sobre a aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais, matéria que, infelizmente, é muito pouco explorada na doutrina brasileira⁶⁹⁰, serão elucidadas as

⁶⁸⁶ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Teoria do conhecimento constitucional*, São Paulo, 2014, p. 565.

⁶⁸⁷ Sobre aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais em Portugal, entre outros autores, cf. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais*, Lisboa, 2016, pp. 199-205; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, Volume I, 2a. Edição, 2015, pp. 195-196.

⁶⁸⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 77, aponta que a interpretação e a aplicação dos deveres fundamentais “não podem fazer-se em termos idênticos aos da interpretação e da aplicação das normas de direitos fundamentais e requerem particularíssimos cuidados”.

⁶⁸⁹ Sobre os deveres fundamentais na doutrina lusitana, cf. também PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Teoria da Constituição. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, Tomo II, Lisboa, 2000, pp. 233-237; 262-264.

⁶⁹⁰ No Brasil, cf. as publicações do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, coordenado pelos professores ADRIANO SANT’ANA PEDRA e DAURY CESAR FABRIZ, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; DIMITRI DIMOULIS E LEONARDO MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2ª. Edição, São Paulo, 2009, e em *Deveres*

opiniões de ilustres mestres de Portugal sobre o assunto, para só então depois, identificarmos qual seria a melhor classificação a ser adotada em relação às mesmas.

IV.2.1 Para JORGE MIRANDA

JORGE MIRANDA classifica as normas constitucionais quanto à sua *aplicabilidade* em normas constitucionais *exeqüíveis* e *não exeqüíveis* por si mesmas, considerando que as primeiras são aplicáveis só por si, sem necessidade de lei que as complemente; enquanto as segundas carecem de normas legislativas que as tornem plenamente aplicáveis às situações da vida⁶⁹¹.

Quanto à *eficácia* das normas constitucionais⁶⁹², JORGE MIRANDA ensina que as normas constitucionais podem ser *preceptivas exeqüíveis por si mesmas* (que equivaleriam às normas de eficácia plena de JOSE AFONSO DA SILVA), normas *preceptivas não exeqüíveis por si mesmas* (equivaleriam às normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios de JOSÉ AFONSO DA SILVA) e *normas programáticas* (que seriam as declaratórias de princípios programáticos de JOSÉ AFONSO DA SILVA)⁶⁹³. As primeiras corresponderiam aquelas de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de fato. As segundas são dirigidas ao legislador, só exigindo sua intervenção para produzir efeitos. As últimas, além de exigirem atuação legislativa, seriam dirigidas a certos fins e a transformações, dependendo das estruturas sociais ou da realidade constitucional⁶⁹⁴.

fundamentais, Salvador, 2011. Pp. 325 à 346; CARLOS RÁTIS, *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*, Salvador, 2009; FRANCISCO GÉRON MARQUES DE LIMA, *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*, São Paulo, 2006, pp. 140-187.

⁶⁹¹ JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, 2002, p. 441.

⁶⁹² JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 441, ensina que não há diferença de natureza ou de valor entre as normas preceptivas ou programáticas, mas sim de estrutura e de projeção no ordenamento, pois ambas são cláusulas vinculativas.

⁶⁹³ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 276 a 278.

⁶⁹⁴ Para JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, 2002, p. 442, as normas programáticas “são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; prescrevem obrigações de resultados, não obrigações de meios; mais do que comando-regras explicitam comandos-valores; conferem “elasticidade” ao ordenamento constitucional; têm como destinatário principal – embora não único – o legislador cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou

Em relação aos *deveres fundamentais*, pode ser deduzido das lições do insigne mestre que ele considera os deveres de alcance específico, que restringem direitos (deveres autônomos) como *normas de aplicabilidade mediata e de eficácia preceptiva não exequível por si mesma*.

Já os direitos-deveres, os deveres de alcance genérico, JORGE MIRANDA⁶⁹⁵ ensina que os mesmos seriam diretamente exigíveis, tais como, v. g., o dever dos pais em relação aos filhos (art. 36º, n.ºs 5º e 6º); dos pais ou tutores para com as pessoas com deficiência (art. 71º, n.º 2), o dever de defender e promover a saúde (art. 64º, n.º 1); o dever de defender o meio ambiente (art. 66º, n.º 1), o dever de preservar o patrimônio cultural (art. 78º, n.º 1), o dever de defesa da Pátria (art. 276º, n.º 1).

IV.2.2. Para GOMES CANOTILHO

Para GOMES CANOTILHO⁶⁹⁶, pode falar-se numa reserva de constituição quanto aos deveres fundamentais, pois só existem *deveres fundamentais* quando eles são necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autorização constitucional.

GOMES CANOTILHO pontifica que entre os direitos e deveres fundamentais existe o *principio da assinalagmaticidade* ou da *assimetria*⁶⁹⁷ como condição necessária a estado de liberdade, em que pese não haver correspondência estrita entre os mesmos.

Para o ilustre constitucionalista de Coimbra, “as normas da constituição que consagram deveres fundamentais, só excepcionalmente têm a natureza e estrutura de

quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si...”.

⁶⁹⁵ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª Edição, 2008, p. 290.

⁶⁹⁶ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, p. 532.

⁶⁹⁷ Em sentido contrário CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 2004, p. 35.

“direito directamente aplicável”⁶⁹⁸, na medida em que “a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma *interpositio* legislativa necessária para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimentos de deveres”⁶⁹⁹.

Além disso, GOMES CANOTILHO alerta que os deveres fundamentais não seriam normas programáticas⁷⁰⁰ de direitos fundamentais, mas sim normas que carecem de concretização legislativa, pois, são normas “desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional”⁷⁰¹.

Ao tratar sobre o ensino básico, universal, obrigatório e gratuito, GOMES CANOTILHO afirma que a “escolaridade obrigatória implica *deveres públicos* relativamente aos alunos (dever de frequência da escola e dever de assiduidade), aos pais e outros encarregados de educação (ex: dever de matrícula, garantia da regularidade de frequência às aulas) e em relação a todos os cidadãos (designadamente educadores de infância, professores e todas as autoridades), podendo o seu não cumprimento dar lugar a sanções, incluindo determinadas inibições ou incapacidades”⁷⁰².

IV.2.3. Para VIEIRA DE ANDRADE

Para VIEIRA DE ANDRADE, a consagração dos deveres fundamentais significa a previsão expressa de um valor ou interesse comunitário, que restringe

⁶⁹⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, p. 536, defende que alguns deveres fundamentais “parecem transportar uma tendencial ideia de aplicabilidade imediata”.

⁶⁹⁹ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, p. 535.

⁷⁰⁰ Para GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, p. 1180, as normas programáticas, além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, vinculam também os tribunais, pois “os juízes têm ‘acesso à constituição’, com o consequente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento (CRP, art. 204º), dos actos normativos contrários às mesmas normas”.

⁷⁰¹ Cf. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, p. 536.

⁷⁰² Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1º a 107º)*, 4ª ed., Coimbra, 2007, p. 897.

direitos, liberdade e garantias, desde que satisfaça as exigências do n.º 2 do art. 18º da CRP⁷⁰³.

No que tange à aplicabilidade das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE acredita que esses preceitos não são diretamente aplicáveis, necessitando de previsão normativa expressa para ser fonte concreta de obrigações jurídicas, com exceção daquelas normas que determinem expressamente o seu conteúdo concreto⁷⁰⁴.

Sobre a escolaridade básica, por sua vez, VIEIRA DE ANDRADE elucida que é “um direito-dever, de dupla natureza, pois que não tem como função única ou determinante a dignidade dos cidadãos, antes é, hoje, do mesmo modo essencial, além de garantia de um mínimo de igualdade de oportunidades, uma condição de preservação e do funcionamento regular de uma sociedade democrática moderna”⁷⁰⁵.

IV.2.4 Para CASALTA NABAIS

CASALTA NABAIS defende que os deveres fundamentais, mesmo quando estejam determinados na Constituição, não são diretamente aplicáveis, exigindo a sua aplicação do legislador, pois os preceitos que os consagram “são sempre pelo menos autorizações ao legislador para disciplinar os modos ou modalidades do seu cumprimento e, sobretudo, para estabelecer as sanções pelo seu incumprimento”⁷⁰⁶.

Sem embargo, considera CASALTA NABAIS⁷⁰⁷ que os deveres fundamentais são normas de aplicabilidade mediata⁷⁰⁸, pois, via de regra, não têm o seu

⁷⁰³ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 159.

⁷⁰⁴ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁰⁵ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 157-58.

⁷⁰⁶ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 307.

⁷⁰⁷ CASALTA NABAIS, *op. cit.*, p. 172.

⁷⁰⁸ A única exceção admitida por CASALTA NABAIS (*op. cit.*, p. 355-65) face à Constituição Portuguesa seria “a constituída pela sanção de não obtenção ou manutenção de emprego público por parte de quem não cumpre o dever de serviço militar ou seus sucedâneos, os preceitos relativos aos deveres fundamentais não são directamente aplicáveis”. Até mesmo o dever de escolaridade básica o autor considera que depende da atividade do legislador que “não pode deixar de aqui intervir, seja para fixar o

conteúdo concretizado na Constituição. O primeiro destinatário das normas relativas aos deveres é o legislador ordinário, que está vinculado quanto ao conteúdo dos deveres na Constituição.

Sustenta ainda CASALTA NABAIS que as normas constitucionais relativas aos deveres não seriam normas programáticas, de simples proclamação ou puras normas de natureza orgânica ou organizatória, pois integram a constituição da pessoa humana, embora consagrando posição jurídicas subjetivas passivas dos cidadãos⁷⁰⁹.

Para este ilustre juspublicista da Universidade de Coimbra, cuja tese⁷¹⁰ foi um divisor no estudo da temática, aos deveres fundamentais é aplicável o *regime geral dos direitos fundamentais*⁷¹¹, na medida em que devem ser observados: a) o princípio da universalidade; b) o princípio da igualdade; c) o princípio da validade dos deveres fundamentais face às pessoas e organizações coletivas; d) o princípio da aplicabilidade dos deveres fundamentais aos portugueses residentes no estrangeiro e aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal; e) o princípio do acesso ao Provedor de Justiça e aos tribunais para a defesa face a deveres fundamentais cuja concretização ou disciplina legal ultrapasse os seus contornos constitucionais; f) o princípio do direito de resistência a ordens que atuem deveres constitucionais para além do constitucionalmente permitido; g) o princípio da responsabilidade civil das entidades públicas, seus funcionários e agentes; e h) princípio da proporcionalidade *lato sensu* ou princípio da proibição do excesso⁷¹².

conceito de ensino básico que há-de abranger um número de anos de escolaridade não inferior ao que a lei previa aquando da entrada em vigor da Constituição, seja para regula(menta)r o exercício do mesmo estabelecendo as condições e os pressupostos da sua exequibilidade”. O autor considera que os direitos-deveres não são deveres fundamentais diretamente aplicáveis, mas direitos fundamentais aplicáveis, pois por força do princípio da liberdade, só o segmento direito e não o segmento dever é diretamente aplicável.

⁷⁰⁹ CASALTA NABAIS, *op. cit.*, p. 175.

⁷¹⁰ Cf. CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 2004.

⁷¹¹ CASALTA NABAIS chega a afirmar, p. 349, que o regime dos deveres fundamentais chega a assemelhar-se com o dos “direitos fundamentais sociais, na medida em que estes se consubstanciam em direitos dos particulares a prestações sociais (de carácter material ou jurídico) do estado, as quais, dada a sua natureza, estão sob a reserva do social e economicamente possível”. Discordamos da opinião deste ilustre juspublicista quanto ao seu enquadramento dos deveres fundamentais submetido somente ao regime geral, haja vista que a comparação é de todo equivocada, na medida em que os direitos sociais são direitos fundamentais de aplicabilidade dependentes mais de circunstâncias fáticas e orçamentárias do que da atuação legislativa.

⁷¹² CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 317.

IV.3. A aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais para a doutrina brasileira

IV.3.1. Para DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS

DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS atestam que as normas relativas aos deveres fundamentais apresentam uma estrutura bifásica, pois a “Constituição enuncia e a lei concretiza. Isso resulta da interpretação das normas constitucionais que instituem deveres fundamentais com termos vagos e também do art. 5º, § 1º da Constituição Brasileira que atribui ‘aplicação imediata’ e vinculatividade somente aos direitos e às garantias – e não aos deveres fundamentais”⁷¹³.

Defendem os autores que as normas relativas aos deveres fundamentais têm baixa densidade normativa, exigindo necessária atuação do legislador⁷¹⁴, concebendo-as como normas de aplicação mediata⁷¹⁵.

IV.3.2. INGO WOLFGANG SARLET

INGO WOLFGANG SARLET, por sua vez, entende que assim como a tese da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais sociais já se encontra, em grande medida, superada, ao menos no que toca aos direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, a eficácia apenas mediata dos deveres fundamentais também pode ser refutada – embora a necessidade de maior cautela na determinação de sua intensidade e consequências – ainda mais para aqueles casos em que estiver em causa de modo direto a proteção da dignidade da pessoa humana, e, no caso da proteção do ambiente, a

⁷¹³DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, *Deveres fundamentais*, Salvador, 2011, p. 335. Cf., dos mesmos autores, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 2009, pp. 65-69.

⁷¹⁴INGO WOLFGANG SARLET, por sua vez, entende que assim como a tese da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais sociais já se encontra, em grande medida, superada, ao menos no que toca aos direitos integrantes do conteúdo do mínimo existencial, a eficácia apenas mediata dos deveres fundamentais também pode ser refutada – embora a necessidade de maior cautela na determinação de sua intensidade e consequências – ainda mais para aqueles casos em que estiver em causa de modo direto a proteção da dignidade da pessoa humana, e, no caso da proteção do ambiente, a garantia de um patamar mínimo de qualidade ambiental (*mínimo existencial socioambiental*) (*Deveres Fundamentais Ambientais*, Revista de Direito Ambiental, São Paulo: RT, ano 17, v. 67, p. 33, jul-set. 2012).

⁷¹⁵Cf. DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, *Deveres fundamentais*, Salvador, 2011, p. 330.

garantia de um patamar mínimo de qualidade ambiental (*mínimo existencial socioambiental*)⁷¹⁶.

IV.4. Posição adotada em relação à aplicabilidade e eficácia dos deveres fundamentais

IV.4.1. Dicotomia entre os deveres fundamentais

Inicialmente, faz-se oportuno registrar a inevitável dicotomia entre os deveres fundamentais.

A tentativa de agrupar os deveres fundamentais em modalidades remonta à obra de SAMUEL PUFENDORF, para quem os deveres deveriam ser divididos de acordo com os objetivos a que estariam relacionados. Esse famoso advogado civil e Professor de Direito Natural e das Nações de Heidelberg acabou por dividi-los em três categorias, quais sejam: i) os deveres para com Deus; ii) os deveres para conosco próprios e iii) os deveres para com os outros homens⁷¹⁷.

Sucedem que, assim como os direitos, existem inúmeras classificações que podem ser criadas de acordo com o objeto de estudo dos deveres fundamentais, implicando inúmeras contraposições que podem ser admitidas⁷¹⁸, a partir do critério distintivo, dentre as quais:

⁷¹⁶ Cf. *Deveres Fundamentais Ambientais*, Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, ano 17, v. 67, p. 33, jul-set. 2012.

⁷¹⁷ Cf. SAMUEL PUFENDORF, *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*, Rio de Janeiro, 2007, p. 99.

⁷¹⁸ A classificação dos deveres fundamentais, de acordo com a existência ou inexistência de sanção, em face ao não cumprimento, em deveres perfeitos (dever de pagar tributos) e deveres imperfeitos (dever de votar no sistema lusitano) é inadequada, pois a configuração dos deveres fundamentais dependem da proteção dos deveres fundamentais e não da existência de sanções, em face ao seu não cumprimento, até porque os ideais kelsenianos já se encontram superados.

a) de acordo com a permanência ou descontinuidade da conformação interna dos deveres de titular para titular: deveres uniformes (dever de votar, dever de pagar tributos) e deveres pluriformes (dever de escolaridade básica)⁷¹⁹;

b) de acordo com a avaliação da unidade ou pluralidade/concorrência de obrigações do mesmo titular no âmbito do cumprimento do dever: deveres simples (dever de votar) e deveres compostos (dever de educação dos filhos)⁷²⁰;

c) de acordo com a natureza das posições jurídicas acessórias: deveres homogêneos (dever de pagar tributos) e deveres heterogêneos (dever de proteção ao meio ambiente)⁷²¹;

d) de acordo com a instrumentalidade: deveres principais (dever de votar) e deveres acessórios (dever de recensear-se)⁷²²;

e) de acordo com o conteúdo: deveres civis-políticos (dever de pagar tributos) e deveres sociais, econômicos e culturais (dever de proteção à saúde)⁷²³;

f) de acordo com a exigibilidade: deveres imediatamente exigíveis (dever de defesa da pátria) e deveres constantes de normas constitucionais não imediatamente exigíveis ou só exigíveis nos termos da lei (dever de pagar tributos)⁷²⁴.

Entretanto, os deveres fundamentais podem ser reunidos, basicamente, em duas modalidades, observando-se sua proximidade à dignidade humana, subsistindo, pois: i) *os deveres fundamentais essenciais*⁷²⁵ ou *direitos-deveres* e ii) *os direitos fundamentais complementares* ou *deveres fundamentais autônomos*.

⁷¹⁹ Cf. CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 193.

⁷²⁰ Cf. CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 193.

⁷²¹ Cf. CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 193.

⁷²² Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 177. Nesse mesmo sentido, cf. CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 193. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 306, quanto ao conteúdo divide os deveres fundamentais em positivos ou negativos, consoante impliquem para o respectivo destinatário um comportamento positivo ou negativo.

⁷²³ Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2000, p. 176.

⁷²⁴ Cf. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, Coimbra, 2000, p. 176.

⁷²⁵ Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I*, Coimbra, 2007, p. 572, ensina que os deveres fundamentais poderiam ser reunidas em duas categorias, destacando que nem todos os deveres têm igual proximidade com a dignidade humana, o que implica a existência de deveres de maior e de menor relevância para ser humano, quais sejam os *deveres essenciais* e os *deveres complementares*. Os

O *direito-dever* ou *poder-dever* é também denominado de *direito-função*⁷²⁶, *direito-instituição*, *direito-valor*⁷²⁷, *dever associado a direito fundamental*⁷²⁸ ou *dever conexo a direito fundamental*⁷²⁹, pois correspondem a explicitações de valores comunitários que fundamentam as limitações dos direitos fundamentais⁷³⁰, pois têm conteúdo constitucional que integra a exclusão da liberdade negativa dos direitos que se encontram associados⁷³¹.

Traduzem-se em serviços públicos bidirecionais⁷³², pois, ao mesmo tempo, que consiste numa pretensão do indivíduo em exigir do Estado uma prestação positiva ou negativa, ele tem o dever de usufruir do serviço prestado⁷³³.

Sem embargo, ao passo que há a obrigatoriedade do Estado em oferecer e proteger o direito, é dever do indivíduo em usufruir do direito-dever, pois poderá o Estado restringir o direito se o mesmo não for exercido pelo seu titular.

O direito-dever é dever fundamental essencial, pois o seu exercício é imprescindível à proteção dos direitos fundamentais⁷³⁴.

primeiros seriam aqueles que integraria o conceito de dignidade humana, ou seja, o seu desrespeito comprometeria a própria existência de respeito pela dignidade de cada ser humano em concreto. Os últimos seriam aqueles que desempenhariam função de reforço dos primeiros.

⁷²⁶ Em sentido contrário ao modelo funcionalista dos deveres fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 155; CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 2004, p. 33.

⁷²⁷ Cf. SANTIAGO VARELA DIAZ, *La Idea de deber constitucional*, cit., p.86.

⁷²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 151, divide os deveres fundamentais em: i) deveres fundamentais autônomos e ii) deveres fundamentais associados a direitos fundamentais.

⁷²⁹ Na classificação de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 533, os deveres fundamentais se dividem em: i) deveres conexos com direitos fundamentais e ii) deveres fundamentais não-autônomos ou deveres fundamentais correlativos a direitos, que seriam os direitos-deveres.

⁷³⁰ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 159.

⁷³¹ Cf. CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 308.

⁷³² CARLA AMADO GOMES assinala, *Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: Existe um direito à qualidade de ensino?*, Coimbra, 2006, p., 53, que a qualidade do ensino resulta de um procedimento bidirecional, no qual o aluno tem um papel determinante, observando-se a aliança entre o direito de realizar aprendizagens bem sucedidas (alínea *a* do artigo 13º da Lei nº 30, de 20 de Dezembro de 2002 – Estatuto do Aluno do Ensino não Superior – EAENS), e o dever de estudar e de ser assíduo, pontual e empenhado no cumprimento de todos os deveres no âmbito do trabalho escolar (alíneas *a* e *b* do artigo 15º).

⁷³³ REGINA GARCIA DE PAIVA, *Direito Educacional: do fato para o direito*, Curitiba, 2007, p. 78, entende que “o direito-dever da educação é de natureza imperativa. De um lado, o indivíduo pode exigir que o Estado o eduque; de outro, o Estado pode exigir que o indivíduo seja educado”.

⁷³⁴ O ensino fundamental de qualidade corresponde a um direito-dever, pois consiste numa fase de ensino que deve ser, por um lado, prestada e protegida pelo Estado, pois é indispensável à igualdade de oportunidades e, por outro lado, num dever do cidadão em usufruir de serviço, que é necessário para que as suas próprias liberdades venham a ser plenamente exercidas.

Corresponderiam aos seguintes deveres, a partir da Constituição Portuguesa: dever de voto⁷³⁵ (art. 49º, nº 2); dever de educação dos filhos (art. 36º, nº 5); dever de defesa e promoção da saúde (art. 64º, nº 1), dever de defesa do meio ambiente (art. 66º, nº 1); dever de defesa do património cultural (art. 78º, nº 1); dever de defesa da pátria (art. 276º, nº 1).

Já os deveres fundamentais autônomos seriam aqueles impostos pela Constituição independentemente de qualquer direito. São deveres imediatamente decorrentes da própria idéia de Estado como comunidade política⁷³⁶.

Seriam autônomos os seguintes deveres: dever de pagar impostos (art. 103º); dever de recenseamento e dever de colaborar na administração eleitoral (art. 113º, nº 2)⁷³⁷; dever de defesa da pátria, do serviço militar e do serviço cívico (art. 276º) e dever de exploração da terra (art. 88º, nº 2).

IV.4.2. Aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais

Construir o Direito implica um compromisso ético-jurídico com a eficácia e a efetividade não só dos direitos⁷³⁸, mas também dos deveres fundamentais.

A classificação mais adequada é aquela que incorpora a ideia do *Estado Social Concretizador*, minimizando os efeitos do mal-estar social⁷³⁹, observando-se até

⁷³⁵ Em sentido contrário, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, pp. 152-153, acredita que se deve rejeitar a existência do dever jurídico de participação política, em favor do princípio democrático, ficando aberta ao legislador ordinário a possibilidade de tornar juridicamente obrigatório o voto, estabelecendo sanções para a abstenção injustificada, observando-se os limites do art. 18º e limites gerais de outros preceitos constitucionais.

⁷³⁶ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 159.

⁷³⁷ VIEIRA DE ANDRADRE, *op. cit.*, p. 151, defende que os deveres de recenseamento, de colaboração com a administração eleitoral e deveres previstos em leis podem ser considerados deveres fundamentais. Nesse mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 535.

⁷³⁸ Cf. JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2ª ed., rev. e ampl., Porto Alegre, 2011, p. 17.

⁷³⁹ Sobre a crise do Estado de bem-estar, mal-estar do Estado ou Estado de mal-estar, elucida o eminente publicista PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, Coimbra, 2007, p. 467, que “os elevados custos financeiros envolvidos pelo Estado na implementação das tarefas de bem-estar, expressando a principal vertente da regra geral que afirma terem todos os direitos custos financeiros

onde as normas relativas aos deveres fundamentais podem ser executáveis por si mesmas para proteger os direitos fundamentais.

O não cumprimento dos deveres implica a falta de força normativa dos deveres, o que pode lhe custar a sua própria existência. A efetividade dos deveres consiste num termômetro de efetividade dos direitos. Os deveres não são um risco para os direitos; são indispensáveis à sua efetividade⁷⁴⁰.

Sucedo, pois, que para se tratar da aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais, deve-se atentar ao grau de concreção exigido pela norma constitucional⁷⁴¹, que depende mais de sua importância para a proteção dos direitos fundamentais do que o seu enunciado⁷⁴². Sucedo, pois, que: a) os deveres fundamentais considerados como *direitos-deveres* seriam normas de *aplicabilidade imediata e eficácia preceptiva*, pois constituem pressupostos de existência do Estado, indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais⁷⁴³.

públicos, revelam-se o ‘cavalo de Tróia’ do próprio modelo constitucional de bem-estar: ‘o desenvolvimento do Estado social entrou num beco sem saída’”.

⁷⁴⁰ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 2016, p. 150, ensina que um dos efeitos da desintegração social traduz-se na invocação direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres, pois os titulares dos direitos pretendem participar e explorar o Estado sem o servir.

⁷⁴¹ CRISTINA PAUNER CHULVI, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001, pp. 50-51, defende que os deveres fundamentais, em regra geral, necessitam da atividade do legislador para produzirem efeitos concretos, entretanto existem deveres fundamentais que são “aplicables directamente, dotadas de eficacia directa y, por tanto, capaces de fundar por sí solas las pretensiones de los ciudadanos susceptibles de ejercitar antes los tribunales y otras muchas que renuncian a uma regulación directa y completa de su contenido y optan por dictar una normativa escueta que se complementa con una remisión a la ley”. Nesse sentido CASALTA NABAIS, CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 274 ensina que o “grau de determinação constitucional do conteúdo dos deveres fundamentais é bastante variável: 1) uns têm todo o seu conteúdo praticamente determinado nos preceitos constitucionais (v. g., o dever de recenseamento eleitoral, o dever de votar, o dever de escolaridade básica, etc.); 2) outros têm apenas o seu conteúdo essencial determinado ao nível constitucional (v. g., o dever de serviço militar e os seus deveres sucedâneos de serviço militar não armado e de serviço cívico, o dever de pagar imposto, etc.); 3) outros ainda têm na constituição uma determinação quase nula (v. g., o dever de promoção da saúde, o dever de defesa do ambiente, o dever de exploração da terra, o dever de colaboração com a administração eleitoral etc.)”.

⁷⁴² É exatamente o contrário dos direitos fundamentais, pois, como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 2006, p. 57, a eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do seu direito positivo. Considera o ilustre publicista que, embora a Constituição Brasileira venha a estabelecer que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º), ela mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais.

⁷⁴³ Sobre a matéria CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, cit., p. 246, defende que “o dever de pagar impostos constitui em pressuposto à garantia do direito de propriedade, na medida em que “esta é de todo incompatível com um estado proprietário e implica inevitavelmente um estado fiscal”.

Sem embargo, pode-se afirmar que o regime de proteção dos *direitos-deveres* seria o *regime especial dos direitos, liberdade e garantias e dos trabalhadores e aos direitos fundamentais de natureza análoga*⁷⁴⁴ (art. 17º), que implica: a) aplicabilidade imediata das normas que os reconhecem (art. 18º, nº 1); b) vinculação das entidades públicas e privadas (art. 18º, nº 1); c) matéria reservada à lei geral, abstrata e não retroativa; sua restrição (arts. 18º, nº 2 e 165º, nº 1, alínea b); d) respeito expresso aos princípios: da autorização constitucional para a sua restrição (art. 18º, nº 2); da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18º, nº 2); da generalidade e abstração das leis restritivas (art. 18º, nº 3); da não retroatividade das leis restritivas (art. 18º, nº 3); da salvaguarda no núcleo essencial (art. 18º, nº 3); e) limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e de estado de emergência (art. 19º, nº 1); f) garantias expressas do direito de resistência (art. 21º), da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22º); de exercício da ação penal e de medidas de polícia (art. 272º, nº 3); e g) Limitação material às leis de revisão quanto aos seus conteúdos [art. 288º, alínea d)]⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Importa consignar que o regime diferenciado dos direitos, liberdades e garantias decorreu mais de circunstâncias históricas que marcaram a elaboração da Constituição Portuguesa de 1976 do que da intenção do legislador constituinte lusitano em estabelecer uma proteção dualista para os direitos fundamentais que implicasse menosprezo às garantias dos direitos sociais, económicos e culturais. JORGE MIRANDA, *Manual...*, Vol. IV, *cit.*, p. 141, no sentido desconsiderar que foi a circunstância de Portugal ter migrado tão tardiamente para um Estado social de Direito que justificou a criação dos dois núcleos de direitos, uma vez que o País emergia de um regime autoritário que tinha negado, especialmente, os direitos, liberdades e garantias, aduzindo, por fim que “as vicissitudes do processo revolucionário e constituinte justificavam uma especialíssima atenção aos direitos, liberdades e garantias: perante as ameaças e os perigos que corria a democracia pluralista, a Assembleia Constituinte procurou conferir-lhes um tratamento inequívoco, firme e seguro e, daí, quer o regime reforçado dos arts. 18º e ss., quer, entre outros, o estatuto constitucional da liberdade de imprensa (art. 37º e ss.) ou da liberdade de associação sindical (art. 57º, inicial; hoje, 55º). O compromisso constituinte, manifestado na conjugação de elementos liberais e de elementos socialistas de diferentes matrizes e com direitos de variados tipos, não impedia, pois, o primado dos direitos, liberdades e garantias – um primado ab origine conexo com o primado da democracia (política) sobre todos os propósitos de modificação da ordem económica e social”. Sobre a clivagem entre direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, económicos e culturais defende VASCO PEREIRA DA SILVA, SILVA, *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007, pp. 137-138, que “a relativização e desvalorização da dicotomia entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, considerando-a de natureza mais política do que jurídica, enquanto fruto das circunstâncias em que foi elaborada a Constituição de 1976 e do extremar de posições ideológicas, então em confronto, acerca dos modelos de Estado, de Constituição e de direitos fundamentais a adoptar”. Houve uma perda da carga ideológica das normas constitucionais, implicando o intérprete a revalorizar as regras que estabelecem “pontes” e não as que colocam “barreiras” à aproximação das tradicionais categorias de direitos fundamentais”. A doutrina lusitana contemporânea *tende*, pois, a não mais admitir dois regimes jurídicos distintos – um para os direitos, liberdades e garantias, outro para os direitos económicos, sociais e culturais – mas um só regime jurídico, aplicável a todos os direitos fundamentais, independentemente da respectiva qualificação jurídica.

⁷⁴⁵ Nesse sentido GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, *cit.*, p. 148 e ss. Em sentido contrário CASALTA NABAIS, p. 347, afirma que “não se aplicam aos deveres

b) já os *deveres fundamentais autônomos* seriam normas de *aplicabilidade mediata e eficácia preceptiva não exequível por si mesma*, pois dependem, necessariamente, de regramento ulterior para serem exigidos. São normas que vinculam a atuação do legislador a atuação do legislador na criação de mecanismos necessários para a efetivação destes deveres fundamentais, exigindo, imediatamente, também atuações do Executivo e do Judiciário, não podendo, também serem consideradas normas programáticas⁷⁴⁶.

Sem embargo, os deveres fundamentais autônomos consistem em mandatos dirigidos ao legislador e não como vinculações dirigidas ao indivíduo, em que será legitimada a intervenção do poder público em determinadas relações sociais ou em âmbitos de autonomia pessoal, dependendo de prévia atuação legislativa⁷⁴⁷.

Mesmo nesse caso, em que pese a discricionariedade do legislador ordinário ao permitir a efetividade dos deveres fundamentais autônomos, ele não poderá modificar a essência do preceito constitucional ou suprimir a obrigação determinada⁷⁴⁸.

Aplicar-se-ia aos *deveres fundamentais autônomos* o regime jurídico geral que é aplicável a todos os direitos fundamentais, em que se garantiu: a) o respeito expresso aos princípios da universalidade (art. 12º), da igualdade (art. 13º) e de acesso ao direito, da tutela jurisdicional efetiva (art. 20º) e da proporcionalidade; b) a limitação material ao poder de revisão do mínimo existencial, visando proteger os direitos fundamentais; c) é matéria reservada à lei⁷⁴⁹ geral, abstrata⁷⁵⁰ e não retroativa⁷⁵¹.

fundamentais os princípios integrantes do regime específico dos direitos, liberdades e garantias fundamentais”.

⁷⁴⁶ CRISTINA PAUNER CHULVI, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001, p. 50, defende que não é norma programática, pois, não pode ser entendido como “una serie de principios programáticos que no vinculan a los sujetos y órganos a quienes se confía velar por el cumplimiento del orden jurídico”.

⁷⁴⁷ Cf. SANTIAGO VARELA DIAZ, *La Idea de deber constitucional*, cit., p.83.

⁷⁴⁸ Nesse sentido CRISTINA PAUNER CHULVI, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001, pp. 53 e 54, que alerta: “aunque los deberes constitucionales no hayan sido desarrollados todavía son operativos de outra forma: imponen do límites a la actividad legislativa ordinaria e influyendo em la determinación del régimen político que, a su vez, condiciona la determinación de la orientación política”.

⁷⁴⁹ Para JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 2000, p. 179, aduz que a conjugação dos arts. 16º, n.º 1 e do art. 18º da CRP implica “rigorosos limites à fixação legislativa de deveres (trate-se da criação de novos deveres ou do estabelecimento do conteúdo de deveres vindos da Constituição). Em Estado de Direito, se o princípio é o da liberdade, não pode o legislador receber competência livre ou discricionária em matéria de deveres”.

⁷⁵⁰ CARMELO CARBONE, *I Doveri Pubblici Individuali nella Costituzione*, Milão, 1968, p. 263.

⁷⁵¹ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade...*, p. 174.

IV.5. Limites de revisão às normas constitucionais relativas ao ensino obrigatório

O poder constituinte é único. Não se há de dividir um poder indivisível e indissociável em categorias que contrariem o seu conceito⁷⁵².

Com efeito, a classificação do poder constituinte, em originário ou de primeiro grau e derivado ou de segundo grau, contraria a essência do princípio metaconstitucional do poder constituinte. Se o poder é derivado ou de segundo grau, constituinte ele não é; pode ser reformador (poder constituinte de revisão constitucional)⁷⁵³ ou decorrente⁷⁵⁴.

Sucedee, pois, que o poder constituinte estabelece que outros poderes, respeitando os limites que lhe são impostos (materiais, temporais, procedimentais e circunstanciais), terão legitimidade de: reformar o texto da Carta Constitucional ou de atribuir aos estados federados a autonomia de criar uma Constituição⁷⁵⁵, respeitando os dispositivos da Constituição do Estado Federativo⁷⁵⁶.

⁷⁵² Para EDVALDO BRITO, *Limites da Revisão Constitucional*, 1993, pág. 71, por ser potência o poder constituinte, ele é denominado fundacional ou originário, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma ordem completamente nova ao accionar a sua eficácia actual, não existindo, portanto, poder constituinte constituído ou derivado. Nesse sentido, cf. CARLOS AYRES BRITTO, *op., cit.*, pág. 96; AUGUSTO ZIMMERMANN, *op., cit.*, pág. 126; PAULO BONAVIDES, *Curso ..., cit.*, pág. 130.

⁷⁵³ WALBER AGRA, *op., cit.*, pág. 79, entende que a denominação de Poder Reformador é tecnicamente mais precisa, em vez de Poder Secundário ou de Poder Constituinte Derivado, vez que constituinte provém do latim *constituire*, que significa constituir, e o que modifica algo existente não pode ser originário.

⁷⁵⁴ Cumpre assinalar a opinião de WALBER AGRA, *op., cit.*, pág. 77, ao suscitar que enquanto o poder reformador é aquele que tem a função de alterar a Constituição, podendo essa reforma consistir em acréscimo, modificação ou parte do seu texto, o poder decorrente é aquele responsável por criar as Constituições dos Estados-membros. Outrossim, o ordenamento brasileiro compreende duas modalidades de poder reformador, quais sejam, a emenda (art. 60, § 4º) e a revisão (art. 3º do ADCT), que se submetem aos mesmos limites, apesar da não previsão expressa no texto constitucional quanto à última, que não pode ser mais utilizada. O ordenamento lusitano comporta nos arts. 284º ao 289º a revisão constitucional. O poder decorrente só pode ser exercido pelos Estados-membros, não sendo admitida a hipótese do seu exercício pelos municípios, pois estes são subordinados às Constituições dos Estados que integram, ou do contrário, estar-se-ia cogitando a existência de um poder decorrente.

⁷⁵⁵ A Constituição de 1988 determinou que cada Assembleia Legislativa, com poderes plenipotenciários, elaborasse as respectivas Constituições estaduais, no prazo de um ano, contado da data da promulgação (art. 11 do ADCT).

⁷⁵⁶ O art. 25 da Constituição Federal Brasileira preconiza que os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adoptarem, observados os princípios do seu texto.

Observa-se, pois, a intrínseca relação dos poderes jurídicos originados pelo poder constituinte⁷⁵⁷ com os princípios constitucionais, vez que:

a) no que tange às limitações do exercício do poder reformador, as limitações materiais – os núcleos duros dos textos constitucionais – são densificações dos princípios políticos-constitucionais⁷⁵⁸;

b) e em relação ao poder decorrente, os Estados-membros devem repetir nas Constituições Estaduais alguns princípios constitucionais da Carta Federal, assim como não confrontar os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII da CF/88), sob pena de intervenção federal no Estado infrator.

Assim como na Constituição Portuguesa (art. 288º, *d*) e *e*)), também a Constituição Brasileira (art. 60, art. 60, § 4º, IV) não estabeleceu, expressamente, como limitação material ao poder reformador os deveres fundamentais, entretanto na medida em que os deveres fundamentais são indispensáveis à garantia dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que, assim como os direitos, todos os deveres fundamentais são também cláusulas pétreas.

Com efeito, o exercício do poder reformador pode mitigar e não abolir cláusulas pétreas, na medida em que haja ampliação da força normativa de outras.

De fato, não apenas os direitos-deveres ou deveres associados aos direitos seriam cláusulas pétreas, haja vista que os deveres autônomos, embora sejam de aplicabilidade mediata e dependerem da atuação legislativa, também não poderão ser totalmente abolidos por emendas ou revisões constitucionais, pois haveria prejuízo aos direitos fundamentais correspondentes⁷⁵⁹. V. g., o cumprimento do dever de pagar tributos depende da atuação legislativa, mas não pode o legislador reformador eliminar esse dever na totalidade, pois é indispensável ao funcionamento do Estado.

⁷⁵⁷ EDVALDO BRITO, *op. cit.*, pág. 75, entende que o poder constituinte é *potência*, pois representa uma autoridade suprema cujas atribuições não derivam de nenhuma outra autoridade, enquanto os entes que emendam e revisam têm *competência*, cujo procedimento é previamente estipulado.

⁷⁵⁸ Na opinião de JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 227, os limites específicos da revisão podem exibir princípios fundamentais da Constituição, assim como princípios que o legislador tenha alçado ao nível dos limites materiais, sem que se identifiquem com a essência da Constituição material.

⁷⁵⁹ Nesse sentido, CASALTA NABAIS, *op. cit.*, p. 383, defende que cabe a limitação de revisão constitucional aos deveres associados aos direitos fundamentais, pois são necessários aos direitos fundamentais; e em relação aos deveres não associados, valeriam os limites materiais específicos expressos na revisão a respeito dos direitos protegidos, v. g., o limite do dever de defesa da pátria seria imposto pela independência nacional e unidade do Estado (art. 288º, *a*)).

Nesse sentido, qualquer lei ou ato normativo que visasse a redução do âmbito da escolaridade obrigatória seria de duvidosa constitucionalidade – e, seguramente, um enorme retrocesso civilizacional – a redução do âmbito da escolaridade obrigatória, que é, atualmente, estabelecido, pelo artigo 2º, n.º 4, da Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto, até ao fim do secundário ou até que o aluno perfaça 18 anos. De fato, qualquer iniciativa legislativa no sentido de diminuir o nível de ensino considerado como universal, obrigatório e gratuito contende quer com o disposto na alínea a) do no. 2 do artigo 74º. da CRP, quer com a alínea d) do mesmo preceito⁷⁶⁰.

⁷⁶⁰ Nesse sentido, cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Enquadramento Jurídico-Constitucional da Política Pública de Educação*, Coimbra, 2014. p. 97.

Capítulo V - Responsabilização pela violação ao descumprimento do dever de instrução

V. Titularidade do dever de educar e do dever de se educar

Quando se fala em *dever fundamental de educar*, há de se ponderar que existe o *dever de educar* e o *dever de se educar*⁷⁶¹.

O dever de educar é aquele em que o titular do dever exerce um conjunto de obrigações impostas pelo legislador constituinte em favor dos direitos fundamentais de terceiros (filhos, pupilos, representados, tutelados etc.), enquanto o dever de se educar traduz-se numa exigência de instrução em que o titular e o beneficiário do seu cumprimento confundem-se numa mesma pessoa, visando ao seu pleno desenvolvimento, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205 da CF/88).

V.1. Dever de educar

V.1.1. Da responsabilidade parental educacional

Dentre os deveres parentais⁷⁶², está o dever dos pais em educar seus filhos.

Já no final do século XVIII, JOHANN GOTTLIEB FICHTE (1762-1814)⁷⁶³, ao tratar sobre as relações jurídicas recíprocas entre pais e filhos, ensinava que

⁷⁶¹ Cf. BARBAS-HOMEM, Antônio Pedro. Educação e Poder Paternal. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Organizadores: MIRANDA, Jorge; CORDEIRO, António Menezes; FERREIRA, Eduardo Paz; NOGUEIRA, José Duarte. 3 v. Almedina: Coimbra, 2010.

⁷⁶² JORGE DUARTE PINHEIRO, Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais, Coimbra, 2011, p. 475-488. Os princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais foram publicados em 2007, cf. KATHARINA BOELE-WOELKI e outros, Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2007. A responsabilidade parental corresponde ao “conjunto de direitos e deveres destinados a favorecer e salvaguardar o bem-estar da criança”. Princípio 3, no capítulo I. p. 486. DUARTE ensina que em que pese esses princípios não vincularem os Estados dos peritos participantes, procura-se persuadir os legisladores nacionais a adotar um mesmo modelo.

⁷⁶³ JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa, 2012, p. 146, ensinava que único fundamento do poder dos pais sobre os seus filhos é a necessidade de educação, uma vez que “O fim universal da educação é o de tornar úteis as nossas

a relação originária entre os pais e os filhos não é determinada unicamente pelo mero conceito de Direito ou, do contrário, aqueles, em resultado do ato de procriação, considerado como uma espécie de fabricação (*per formationem*), seriam propriedade dos pais.

Já apontava FICHTE que o dever fundamental dos pais em educar os seus filhos deve ser cumprido para que os mesmos tenham aptidão e habilidade para todos os fins racionais, uma vez que cada cidadão promete no contrato social promover com todas as suas forças as condições de possibilidade do Estado.

No que corresponderia a uma verdadeira teoria da responsabilidade parental educacional, FICHTE considerava que “o Estado tem o direito de fazer desta educação dos filhos uma condição do contrato social: e assim, a educação torna-se um dever coercível externo, não um dever diretamente para com a criança, mas para com o Estado. É o Estado que está em posição de impor esse dever, em virtude do direito adquirido no contrato social”.

Para JORGE MIRANDA, o poder paternal tem dupla natureza - a de direito subjetivo e a de poder funcional.

Os poderes parentais podem ser destinados a serem exercidos na vida interna da família e participam da subsistência dos direitos subjetivos, pois “é sua função concomitantemente propiciar as condições ótimas de desenvolvimento dos pais e dos filhos” e os poderes exercidos na vida externa são poderes funcionais, como são os poderes inerentes à representação legal⁷⁶⁴.

O poder familiar⁷⁶⁵ educacional corresponde ao poder-dever exercido pelos pais ou responsáveis de dirigir a educação dos seus filhos ou tutelados⁷⁶⁶.

capacidades para a promoção de fins racionais; e o juiz exterior desta utilidade, juiz esse que os pais devem respeitar, é o Estado”.

⁷⁶⁴ JORGE MIRANDA, Introdução..., p. 6-7. Para JORGE MIRANDA, a partir da ideia de função, devem ser observados os graus variados de funcionalidade entre os elementos do poder paternal ou familiar, a ponto de alguns poderes deverem ser designados por direitos subjetivos e outros por poderes funcionais. Os poderes destinados a serem exercidos na vida interna da família participam da subsistência de direitos subjetivos – conexos com deveres, porquanto é sua função concomitantemente propiciar as condições ótimas de realização e de desenvolvimento dos pais e dos filhos, e é isso justamente que se passa com os poderes respeitantes à educação; já os poderes exercidos na vida externa – maxime, os patrimoniais – esses são autênticos poderes funcionais.

⁷⁶⁵ Em *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, p. 21, JORGE MIRANDA faz a diferença entre direito subjetivo e poder funcional, utilizando a expressão “*aspecto interno*”: a função educativa, com os

Entre os princípios de direito da família, encontra-se a educação como dever dos pais (art. 36º da CRP), observando-se que a família tem insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação (art. 68º/1).

Trata-se de exercício de um dever-poder sobre os filhos, no quadro da autonomia familiar, uma vez que, numa perspectiva individualista, a família é prolongamento dos indivíduos que a formam e se apresentam como unidade pessoal.

Visando a conferir maior proteção aos filhos menores, o Estado transformou deveres parentais, que antes permaneciam na restrita seara da moralidade, da consciência individual de cada pai e de cada mãe, em deveres jurídicos. Mais do que isso, o legislador constituinte reconheceu os deveres jurídicos parentais como deveres fundamentais previstos no art. 229 da CF e 36º, n.º 5, da CRP, cujo rol no texto constitucional não pode ser considerado taxativo⁷⁶⁷, que preconizam:

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

“Artigo 36º (...) 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”.

Sucedem que, entre os deveres parentais, encontra-se, justamente, o dever de instrução, que, como posições jurídicas subjetivas, possuem como titulares passivos, ou seja, como sujeitos passivos desses mesmos deveres, os indivíduos em sua generalidade e, também, as pessoas coletivas privadas e públicas, quanto àqueles deveres compatíveis com a sua natureza.

Portanto, pode-se afirmar que os deveres parentais em comento são autênticos deveres fundamentais, em cujo polo ativo estão os filhos e, ao mesmo tempo, o Estado-comunidade. Já no polo passivo encontram-se os pais (sujeitos ativos do poder

poderes e deveres conexos, já que prevalecem as relações do pai com o filho, tendo por objecto a formação da personalidade deste. Em contrapartida, designa por aspecto externo a função representativa ou substitutiva, com o seus poderes e deveres instrumentais, na medida em que estamos defronte de atividade do pai em cooperação com terceiros, atividade na qual o pai está em nome e em vez do filho.

⁷⁶⁶ Estabelece o Código Civil Brasileiro no artigo 1.630 que: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

⁷⁶⁷ Nesse sentido, FABIANA MARIA LÔBO DA SILVA, *Uma abordagem constitucional do poder paternal: o poder de correção física em especial (perspectiva luso-brasileira)*, Lisboa, 2006.

parental), em igualdade de condições⁷⁶⁸, à vista da incidência do princípio da igualdade no campo dos deveres fundamentais.

O dever fundamental de instrução traduz-se num direito-dever que é cometido aos pais⁷⁶⁹, conforme determinou o legislador constituinte, no artigo 36º, nº 5 da CRP.

V.1.1.1. Infração administrativa e destituição do poder familiar

A responsabilidade no âmbito infraconstitucional decorre da responsabilidade atribuída pela Constituição, devendo-se observar que há um dever da sociedade em educar os filhos (artigo 226, § 5º da CF/88)⁷⁷⁰.

Entre as medidas aplicadas ao pais ou responsáveis pelo descumprimento⁷⁷¹ do dever de instrução de seus filhos, estão a obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar ou até mesmo a suspensão ou perda do poder familiar (artigo 129 do ECA⁷⁷²).

⁷⁶⁸ A CRP consagrou o princípio da igualdade dos cônjuges (art. 36, n.º 3), rejeitando a figura do marido como chefe da família, prevista na versão originária do Código Civil Português de 1966 (artigo 1674º).

⁷⁶⁹ No Código Civil Brasileiro, o direito-dever de educar os filhos está no artigo 1.634, inciso I: “Art. 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e educação”.

⁷⁷⁰ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

⁷⁷¹ Para JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 29, invocando o art. 334º do Código Civil, ao tratar sobre abuso de direito, é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito: “se os pais, em suma, em vez de educarem - e com educarem, formarem a personalidade do filho e desenvolverem a sua - perverterem ou deixarem perverter, então cessam as razões por que lhe foi reservado o correspondente poder”.

⁷⁷² “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do poder familiar”.

Considerou, o ECA, como infração administrativa⁷⁷³ o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar, havendo a previsão da aplicação de multa de três a vinte salários de referência, podendo ser em dobro, em caso de reincidência⁷⁷⁴, sendo que, tratando-se daqueles que não possibilitaram aos filhos educação na idade própria, impõe-se a destituição do poder familiar (artigos 22 a 24 do ECA⁷⁷⁵), tendo a Lei n° 8.069/90, inclusive, atribuído aos dirigentes dos estabelecimentos de ensino fundamental – com a Emenda Constitucional n° 59/2009, deve ser compreendido ensino básico – o dever de fiscalizar o desempenho das obrigações parentais, informando eventuais violações ao Conselho Tutelar (artigo 56)⁷⁷⁶.

V.1.1.2. Responsabilização criminal

Em 1940, O Código Penal estabelecido pelo Decreto-Lei no. 2.848 de 1940 preconizou, em seu art. 246, o crime de abandono intelectual, que ocorre quando os pais

⁷⁷³ MÔNICA SIFUENTES, *Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*, 2ª. Ed., Porto Alegre, 2009, p. 289, considera que “o Estatuto da Criança e do Adolescente considerou a conduta como uma ‘infração administrativa’, portanto, sem caráter penal, por se admitir ter a mesma menor potencial lesivo. Mesmo assim, previu a aplicação de uma multa, de valor considerável, principalmente para as famílias de baixa renda”.

⁷⁷⁴ “Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência”.

⁷⁷⁵ “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”.

⁷⁷⁶ “Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de:

I - maus-tratos envolvendo seus alunos;

II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares;

III - elevados níveis de repetência”.

ou responsáveis deixam, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar⁷⁷⁷.

Sucedo que a expressão ensino primário da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, foi alterada, posteriormente, pela Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971⁷⁷⁸ e pela Lei nº 7.044, de 18 de outubro de 1982, que substituiu as expressões ensino primário e secundário pelos correspondentes ensinos de primeiro grau e segundo grau, respectivamente (artigo 1º, §º 1 da Lei nº 7.044/82), sendo que a preocupação do legislador era de que "o ensino de 1º e 2º graus tem por objetivo geral proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como elemento de auto realização, preparação para o trabalho e para o exercício consciente da cidadania" (artigo 1º da Lei nº 7.044/82).

Entretanto, com a publicação da nova LDB, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, as expressões ensino de 1º grau e ensino de 2º grau foram substituídas pelas correspondentes ensinos fundamental e ensino médio, que passaram, a partir da Emenda Constitucional nº 59, de 11 novembro de 2009, que alterou o artigo 208, I da CF/88, a integrar o ensino básico obrigatório inclusive para todos os que não concluíram na idade própria⁷⁷⁹.

Nesse sentido, o aspecto teleológico deve ser levado em consideração para alcançar o sentido da expressão *instrução primária* do artigo 206 do Código Penal, que é *norma penal em branco*⁷⁸⁰, cuja complementação se faz com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁷⁸¹.

A expressão instrução primária corresponderia, portanto, ao período relativo ao ensino fundamental, que, com base na Lei nº 11.274, de 06 de fevereiro de 2006,

⁷⁷⁷ Abandono intelectual

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

⁷⁷⁸ A Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 enfatizava a educação para a qualificação para o trabalho, em detrimento da questão relativa à cidadania.

⁷⁷⁹ Com a Emenda Constitucional nº 59/2009, houve alteração na LDB, Lei nº 9.394/96, através da Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, para garantir o acesso público e gratuito aos ensino fundamental e médio para todos os que não concluíram na idade própria (artigo 4º, inciso IV).

⁷⁸⁰ Cf. ERIK SADDI ARNESEN, *Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 97; MÔNICA SIFUENTES, *O Acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 2001, p. 99 e ss; MÔNICA SIFUENTES, *Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*, Porto Alegre, 2009, p. 285; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de direito penal*, São Paulo, 1978, p. 334; e JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, 1990, v. 3, p. 61.

⁷⁸¹ Nesse sentido, cf. ERIK SADDI ARNESEN, *op. cit.*, pp. 96-97.

passou a ter duração de 09 (nove) anos, iniciando-se aos 06 (seis) anos de idade (artigo 32 da LDB)⁷⁸².

Entretanto, a partir da Emenda Constitucional nº 59/2009, a própria Constituição Federal passou a definir os parâmetros objetivos de início e fim do ensino obrigatório, no critério idade (dos quatro aos dezessete anos), abrangendo não só o ensino fundamental, mas sim o ensino básico como um todo⁷⁸³.

V.2. Dever da família

Na hipótese dos pais ou responsáveis não cumprirem com o dever de escolaridade obrigatória de seus filhos ou pupilos⁷⁸⁴, caberá essa obrigação aos avós,

⁷⁸² Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

783 CARLOS ROBERTO JAMIL CURY e LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA. *Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento*, São Paulo, 2010. pp. 38-39, entendem que: “Decorre de toda esta sistemática e em especial da interpretação a ser dada nas alterações proporcionadas pela Emenda Constitucional nº 59, que ocorreu uma ampliação do dever constitucional do Estado em relação à educação, ampliando, obviamente o lapso temporal do ensino obrigatório e, consequentemente, o direito subjetivo do cidadão em requerer a efetivação deste direito educacional obrigatório. No entanto, esta obrigatoriedade não está mais vinculada à etapa de um ensino específico (fundamental) e, sim, a uma faixa etária que compreende os 04 a 17 anos, o que nos leva ao seguinte raciocínio: a criança, obrigatoriamente, deve ingressar na pré-escola com 4 anos de idade, seguir no ensino fundamental a partir dos 6, e a partir daí, permanecer na escola até os 17 anos de idade, independentemente da série ou etapa do ensino, seja ele fundamental, seja médio. Assim, o ensino médio pode ou não ser obrigatório, pois vai depender do desenvolvimento do aluno nas séries do ensino fundamental. Vencendo-as nas etapas, completará o ensino médio aos 17 anos e assim o mesmo se torna obrigatório. Contudo, se não conseguir ultrapassar as séries do ensino fundamental, antes de completar 17 anos, não existirá a obrigatoriedade do ensino médio”.

⁷⁸⁴ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*, Coimbra, 2011, pp. 483-485, ensina que antes da Lei de 2008, após o divórcio, o exercício do poder paternal incumbia normalmente a apenas um dos progenitores, em virtude de o exercício comum pressupor um acordo de ambos os pais, homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público. Após a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, inspirada nitidamente nos Princípios de Direito da Família Europeu, que foram definidos, a partir da criação de Comissão de Direito da Família Europeu, em 1 de setembro de 2001, após o divórcio, a regra é a do exercício comum das responsabilidades parentais pelos pais, independentemente de haver acordo ou não dos pais no sentido do exercício conjunto (cf. artigo 1906º do Código Civil) – a mesma regra que se observa na constância do matrimónio (cf. 1901º do Código Civil).

com base no artigo 227 da CF/88⁷⁸⁵ e aplicação dos artigos 1.630⁷⁸⁶, 1.696⁷⁸⁷ e 1.697⁷⁸⁸ do Código Civil Brasileiro.

Com efeito, a prestação educacional integra a expressão alimentos, na defesa do interesse do menor.

V.3. Dever de se educar

V.3.1. Dever do cidadão que não teve acesso ao ensino obrigatório na idade adequada

O dever de instrução não cessa com a maioridade⁷⁸⁹, até porque o legislador constituinte só permite o exercício de determinados direitos ao cidadão alfabetizado. O dever de instrução permanece para aqueles que não tiveram acesso na idade própria. V.g., os concursos públicos brasileiros exigem, no geral, no mínimo o nível médio de escolaridade como requisito de acesso.

Para MÔNICA SIFUENTES, não é somente o Estado que tem o dever de fornecer educação aos seus cidadãos, mas o próprio cidadão tem o dever correlato de se

⁷⁸⁵ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁷⁸⁶ “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

⁷⁸⁷ “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

⁷⁸⁸ “Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.”

⁷⁸⁹ “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria”.

educar, de modo a contribuir para o desenvolvimento do seu país. O desafio brasileiro é, portanto, formar uma sociedade democrática, desenvolvida social e economicamente, projeto que se revela impossível de se alcançar sem a base de educação e cultura dos indivíduos que a compõem⁷⁹⁰.

V.3.1.1. Dever do preso

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal - LEP, que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integral social do condenado e do internado (artigo 1º).

Dentre as modalidades de assistência asseguradas ao preso, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (artigo 10º), está a assistência educacional (artigo 11º, IV), que compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado (artigo 17).

Sucede que desde a sua criação em 1984, estabeleceu a LEP - Lei de Execução Penal - *o dever de instrução obrigatória do preso ou do internado*, na medida em que o ensino de 1º grau era obrigatório⁷⁹¹. Naquele período estava em vigor como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que foi alterada, posteriormente, pela Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 e pela Lei nº 7.044, de 18 de outubro de 1982, que substituiu as expressões ensino primário e secundário pelos correspondentes *ensino de primeiro grau e segundo grau*, respectivamente (artigo 1º, §º 1 da Lei nº 7.044/82), sendo que a preocupação do legislador era de que "o ensino de 1º e 2º graus tem por objetivo geral proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como

⁷⁹⁰ Cf. MÔNICA SIFUENTES, *Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*, 2ª Edição, Porto Alegre, 2009, p. 36.

⁷⁹¹ Sobre o ensino obrigatório, estabelecia a Lei nº 7.044/82, no seu artigo 8º, que: "o ensino de 1º grau terá a duração de oito anos letivos e compreenderá, anualmente, pelo menos 720 horas de atividades" e no artigo 20 que: "O ensino de 1º grau será obrigatório dos 7 aos 14 anos, cabendo aos Municípios promover, anualmente, o levantamento da população que alcance a idade escolar e proceder à sua chamada para matrícula. Parágrafo único. Nos Estados, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Municípios, deverá a administração do ensino fiscalizar o cumprimento da obrigatoriedade escolar e incentivar a frequência dos alunos".

elemento de auto realização, preparação para o trabalho e para o exercício consciente da cidadania” (artigo 1º da Lei n.º 7.044/82).

Entretanto, com a publicação da nova LDB, a Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, as expressões ensino de 1º grau e ensino de 2º grau foram substituídas pelas correspondentes ensino fundamental e ensino médio, que passaram, a partir da Emenda Constitucional n.º 59, de 11 novembro de 2009, que alterou o artigo 208, I da CF/88, a integrar o ensino básico obrigatório inclusive para todos os que não concluíram na idade própria⁷⁹².

De fato, a partir da Emenda Constitucional n.º 59/2009, todos os presos e internados passaram a ter o dever fundamental de instrução básica obrigatória, sendo garantido – a partir da Lei n.º 12.433/2011, que veio a alterar a Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/84) – ao condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto, *a remição da pena por estudo* de parte do tempo da execução da pena, cuja contagem de tempo será feita a razão de 1(um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, em atividades de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.

É nítida, pois, a recompensa ao preso que cumpriu com sua obrigação educacional, sendo que no caso de conclusão certificada pelo órgão competente do sistema de educação do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, haverá acréscimo do tempo a remir de 1/3 (um terço), como estabelece a nova redação do artigo 126, inciso II, § 5º da Lei de Execução Penal.

⁷⁹² Com a Emenda Constitucional n.º 59/2009, houve alteração na LDB, Lei n.º 9.394/96, através da Lei n.º 12.796, de 4 de abril de 2013, para garantir o acesso público e gratuito aos ensino fundamental e médio para todos os que não concluíram na idade própria (artigo 4º, inciso IV).

V.4. Ensino obrigatório e os conflitos entre direitos e deveres fundamentais

V.4.1. Conflitos entre os deveres fundamentais

As normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais podem se deparar com conflitos⁷⁹³ que devem ser ultrapassados pelo intérprete⁷⁹⁴, objetivando salvaguardar o equilíbrio entre as normas relativas aos direitos⁷⁹⁵.

O critério para solucionar o conflito entre deveres⁷⁹⁶ ultrapassa a *tutela do bem mais valioso*⁷⁹⁷.

⁷⁹³ Sobre conflitos entre deveres fundamentais, cf. OLINDO GERALDES, *Conflito de deveres*, 2009, p. 411-428; ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da colisão de direitos*, 2005, I, pp. 37-55; ANTÔNIO BRITO NEVES, *Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional*, 2012, pp. 673-727; EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*, 2ª. Edição, São Paulo, 2015.

⁷⁹⁴ Sobre a matéria, KANT, *Metafísica dos Costumes, Parte I: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 29, ensinava que “um conflito de deveres (*collisio officiorum s. obligationum*) seria a relação entre eles em virtude da qual um anularia (total ou parcialmente) o outro. – Ora, visto que dever e obrigação em geral são conceitos que expressam a necessidade prática objectiva de certas acções, e uma vez que duas regras entre si opostas não podem ser ao mesmo tempo necessárias, mas quando é dever agir atendendo a uma, agir seguindo a outra não só não deve algum, mas, inclusive, contrário ao dever: é de todo impensável uma colisão de deveres de obrigações (*obligationes non colliduntur*). Não obstante, num sujeito e na regra que ele a si prescreve pode haver duas razões da obrigação (*rationes obligandi*), das quais uma ou outra é insuficiente para obrigar (*rationes obligandi non obligantes*), porque então uma não é dever. – Se duas razões semelhantes se opõem entre si, a filosofia prática não diz então que a obrigação mais forte conserva a supremacia (*fortior obligatio vincit*), mas que a razão mais forte para obrigar mantém o lugar (*fortior obligandi ratio vincit*)”.

⁷⁹⁵ Em relação aos direitos, ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da colisão de direitos*, 2005, I, p. 44, leciona que há colisão em sentido próprio quando dois ou mais direitos subjetivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si, exigindo um concurso real de normas, que não se confunde com a colisão aparente, quando houver incompatibilidade entre dois direitos, apenas um deles deve prevalecer; com conflito de sobreposição, quando sobre o mesmo objecto, incidam direitos de pessoas distintas. Para ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, cit., p. 47, antes de haver o conflito entre direitos, torna-se necessário evitá-lo, não devendo o direito premiar aquele que criou a situação de colisão.

⁷⁹⁶ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da colisão de direitos*, 2005, I, p. 38, conceitua colisão de direitos quando “um direito subjectivo, na sua configuração ou no seu exercício, deve ser harmonizado com outro ou outros direitos. Num sentido estrito, a colisão ocorre sempre que dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si”, entretanto o autor deixa bem claro, p. 39, que “a ‘verdadeira’ colisão de direitos ocorre quando nada – nem no regime dos direitos em presença, nem a nível de formas exteriores de compatibilização – permita, num momento prévio, fixar o âmbito relativo das posições conflitantes”.

⁷⁹⁷ Nesse sentido, OLINDO GERALDES, *Conflito de deveres*, 2009, p. 412, que defende que “sempre que, num dado momento, a alguém se exijam obrigações incompatíveis entre si, em correspondência com uma situação de concurso real de normas, ocorre um conflito de deveres. Trata-se, com efeito, de uma situação em que colidem distintos deveres de acção, dos quais só um pode ser cumprido”. OLINDO GERALDES indica também como critérios para os conflitos entre os deveres os seguintes: 1 – A antiguidade relativa; 2 – Os danos pelo não cumprimento; 3 – A prevalência em abstrato; 4 – O igual sacrifício; 5 – A composição aleatória equilibrada; 6 – A composição aleatória.

A escolha do dever a cumprir terá de ser apropriada, nomeadamente através da *prevalência do mais importante*, em conformidade com a hierarquia que preenche o ordenamento jurídico vigente⁷⁹⁸, sendo que o juízo de prevalência do dever a cumprir, para a justificação do facto e exclusão da ilicitude, tem de partir da consideração das circunstâncias concretas⁷⁹⁹.

Neste ponto, importa lembrar que, assim como na dogmática da colisão entre direitos, os conflitos entre deveres fundamentais somente poderão ser solucionados se houver sacrifício de uma, ou de ambas, obrigações⁸⁰⁰.

Sucede que havendo conflito entre deveres fundamentais, os critérios das colisões de direitos serão úteis para enfrentar as colisões de deveres⁸⁰¹, tratando-se de tema, que, embora pertencente ao Direito das Obrigações, encontra solução à luz do artigo 335^o⁸⁰², como vem sendo resolvido junto aos Tribunais Portugueses⁸⁰³, sendo que

⁷⁹⁸ O Conflito de deveres mereceu destaque no artigo 36.º do Código Penal Português, que estabelece:

1. Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordem legítimas da autoridade, satisfazer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.

2. O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime”.

⁷⁹⁹ Cf. OLINDO GERALDES, *Conflito de deveres*, 2009, pp. 411-412.

⁸⁰⁰ Cf. ALEXY, Robert, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, p. 73.

⁸⁰¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da colisão de direitos*, 2005, I, p. 55.

⁸⁰² “Artigo 335º

1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.

2. Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior”.

⁸⁰³ Jurisprudência sobre a colisão entre deveres fundamentais: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de outubro de 1992 (Processo nº 0045326, www.dgsi.pt): “Aquele que está obrigado a prestar alimentos legais a ex-cônjuge e a filho de pouca idade é sujeito de duas distintas obrigações, em que a segunda deve ter tratamento privilegiado, por o filho ser, em princípio, mais indefeso e carenciado que um adulto”.

Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, nº 32/2000, de 23 de outubro de 2000 (localizado em www.cneqv.gov.pt): “Se o doente soropositivo, apesar de instado pelo médico a comunicar a doença à respectiva mulher, o não fizer, *cabe ao médico o dever de informação*, o que não pressupõe quebra do sigilo médico”.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 11 de novembro de 2002 (processo nº 283/01-1, www.dgsi.pt): “A exclusão da ilicitude, resultante do *conflito de deveres*, só ocorre quando o agente é colocado perante a alternativa de cometer um ilícito ou deixar que, como consequência necessária de não o cometer, ocorra a violação de um dever superior ou, pelo menos, igual ao violado”.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de setembro de 2006 (processo nº 131/05-1, www.dgsi.pt): “No caso de colisão entre o dever de guardar segredo (bancário) e o dever de informar (os tribunais), a solução há-de resultar de um juízo prudencial e de coordenação que considere os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade”.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Março de 2007 (processo nº 321-C/2001.C1, www.dgsi.pt): “Verificando-se um *conflito entre o dever de sigilo que impende sobre os bancos e o de cooperação com a justiça* terá tal conflito de ser decidido, em princípio, por via do incidente da escusa. As penhoras de saldos bancários e os procedimentos a serem observados pelas instituições de crédito para o efeito constituem uma limitação legal expressa e explícita ao dever de segredo bancário”.

no Direito Penal, cuja ponderação é marcadamente valorativa⁸⁰⁴, o conflito de deveres é objeto de previsão específica, no artigo 36º do Código Penal, que preconiza:

“1. Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfazer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.

2. O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime”.

V.5. Solução de conflitos entre deveres fundamentais: ponderação responsável à luz dignidade da pessoa humana como um *metadever* fundamental

A temática relativa à superação das antinomias entre os deveres é tão antiga quanto à sua existência⁸⁰⁵, entretanto, qualquer que seja a resposta, *a dignidade de pessoa humana deve ser concebida como metadever fundamental*, como aquele dever que transcende e direciona a convergência entre os deveres conflitantes, em face à necessidade de salvaguarda dos próprios direitos fundamentais envolvidos.

De fato, a dignidade da pessoa humana pode ser concebida como um verdadeiro dever fundamental de “respeito à própria dignidade, excluindo qualquer margem de livre-arbítrio individual. A natureza do bem jurídico tutelado mostra-se de todo incompatível com o surgimento de códigos paralelos de conduta que possam

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de julho de 2007 (processo n.º 2545/2007-5, www.dgsi.pt): “Comete o crime previsto no art. 13.º, n.º 1 d), da Lei n.º 17/86, de 14 de julho, a entidade empregadora que, tendo retribuições em dívida aos trabalhadores, do montante disponível para pagamentos, paga a uns e não paga a outros, isto é, *não rateia* o dinheiro existente de forma proporcional por todos os trabalhadores a quem deve”.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de Junho de 2008 (processo n.º 45/02.6 TAVGS-A.C1, www.dgsi.pt): “Os deveres jurídicos em confronto – *comparência a diligência judicial e subordinação à entidade empregadora* – não se podem considerar equivalentes e muito menos que o último se sobreponha ao primeiro. A defesa da ordem jurídica impõe a todos a colaboração com a justiça e dado o interesse público, *maxime* a defesa do Estado de Direito, só em casos muito particulares pode ceder perante interesses particulares”.

⁸⁰⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da colisão de direitos*, 2005, I, p. 55; ANTÓNIO BRITO NEVES, *Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional*, 2012, pp. 673-727.

⁸⁰⁵ Para solucionar o conflito entre deveres, CÍCERO já apontava no século I antes de Cristo, que há de se observar qual é o dever mais relevante, na medida em que há uma ordem no seu cumprimento. Cícero no Livro I, XVIII, fala sobre a ordem do cumprimento dos deveres – há serviços que devem ser prestados antes de outros. No Livro I, XLV – o dever de proteger à pátria não pode estar acima de outros deveres – A existência de graus de deveres foi analisada por Cícero. Para ele, o dever mais relevante era para com os deuses imortais, depois à pátria, em seguida os pais e, após, o restante. Deve-se proteger o conteúdo essencial do dever, pois ele existe para proteger o mínimo existencial do direito.

arrefecer os valores sociais que lhe dão sustentação e garantem o respeito. Do mesmo modo que não se pode violar a dignidade alheia, não se deve violar a própria dignidade de modo a estimular a adoção de comportamentos similares. Trata-se da preservação de valores que ultrapassam a individualidade e alcançam a comunidade humana em sua inteireza. A dignidade humana, por ser autoreferencial, vincula o ser humano perante si próprio, daí a impossibilidade de dispor de sua dignidade, nivelando-se a um objeto. Um dever dessa natureza, lastreado na dignidade humana, é autoaplicável, não destituído de determinabilidade ou carente de integração legislativa”⁸⁰⁶.

Sucedee, pois, que será o *metadever da dignidade da pessoa humana* a norma orientadora na ponderação enquanto método de solução do conflito entre deveres, sendo que o juízo de ponderação sobre qual o dever que prevaleceria no caso concreto seria parâmetro para aferir a eventual responsabilidade do agente⁸⁰⁷, sendo possível diminuir a potencialização dos direitos fundamentais para solucionar a colisão intrínseca⁸⁰⁸.

Com efeito, os critérios de preferência para solucionar os conflitos entre os deveres devem ter como premissa orientadora a dignidade da pessoa humana como

⁸⁰⁶ Sobre a dignidade da pessoa humana como dever fundamental, cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*, 2ª. Edição, São Paulo, 2015, pp. 188-191. Este eminente juspublicista conclui que: “a dignidade da pessoa humana deve ser concebida como um instrumento de proteção e aperfeiçoamento do indivíduo e da coletividade, não devendo legitimar a imposição de restrições aos aspectos mais basilares de sua liberdade. Sua larga indeterminação semântica exige prudência e responsabilidade argumentativa por parte dos poderes constituídos, evitando posturas absolutistas que, ao fim, terminarão por rechaçar outros vetores axiológicos igualmente relevantes à dignidade, como é o caso da liberdade”.

⁸⁰⁷ Sobre o método da ponderação para solucionar conflito de deveres, cf. ANTÓNIO BRITO NEVES, *Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional*, 2012, p. 690. Considera ANTÓNIO BRITO NEVES, p. 692, que: “a opção do agente em conflito de deveres não é, à partida, livre. A preferência, para ser lícita, terá de incidir sobre aquele dever que a Ordem Jurídica apresenta – quando apresenta – como o mais valioso. Isto é, se o Direito impõe um critério de preferência que tem aplicação na concreta situação de conflito, deve o agente seguir este critério e optar pelo bem que a Ordem Jurídica prefere, no sentido de se prosseguir, na medida possível, a realização da Ordem Jurídica. A opção do agente deixa de estar condicionada, porém, se a Ordem Jurídica não indica nenhum dos deveres em causa como mais valioso. A escolha passa então a ser livre. Não obstante, ele continua a não poder deixar de optar, isto é, nestas situações, o agente pode escolher cumprir o dever que quiser, mas não pode deixar de escolher um deles”.

⁸⁰⁸ Sobre o critério conciliatório entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, mormente os de carácter cívico-político, pronunciou-se a Procuradoria-Geral da República Portuguesa no parecer n° 121/84, nas suas conclusões, da seguinte forma: “o Estado português deve pautar as suas relações internacionais na observância do disposto no art. 7° da Constituição da República e no respeito pelas normas e princípios do direito internacional geral ou comum e convencional a que esteja vinculado, em especial relevância para a solidariedade internacional e, no âmbito desta, muito particularmente para as relações de amizade e de cooperação a manter com os países de língua portuguesa. Nem por isso pode renunciar, no quadro constitucional em que se move, ao dever fundamental de protecção dos interesses sociais de Portugal nos domínios diplomático, militar, social ou económico projectados fora do território nacional, nele se incluindo as pessoas e os bens dos cidadãos portugueses”.

dever fundamental para ser determinado qual o bem mais valioso, hierarquizando os deveres fundamentais em conflito. Nessa ponderação, deve-se levar em consideração que, pelo menos em princípio, um dever que proteja um certo bem jurídico deverá prevalecer sobre um outro dever que proteja outro bem jurídico menos valioso, levando-se em consideração a gravidade do dano e o grau de perigo que ameaça cada bem jurídico, pois “a ponderação não se deve esgotar na consideração do valor dos bens”⁸⁰⁹.

Sem embargo, para a solução dos conflitos entre deveres fundamentais aponta-se aqui uma *ponderação responsável*, na medida em que a *busca do bem mais valioso* deve levar em consideração os deveres fundamentais como um todo, na consecução do Estado Constitucional Democrático – Constitucionalismo dos deveres.

De fato, a clássica ponderação dos interesses levando em consideração apenas os princípios e regras que regem os direitos fundamentais, já vem sendo rediscutida por inúmeros autores.

Ao desconstruir os critérios já clássicos de distinção entre princípios e regras, MARCELO NEVES propõe uma metodologia nova de aplicação dos princípios, à qual designa de *ponderação definitiva*.⁸¹⁰ Através desta técnica, a ponderação realizada num determinado caso servirá de orientação para a solução de casos futuros, não se confundindo com a ponderação *ad hoc*, que centra-se nas peculiaridades do caso concreto, dando espaço à construção de decisões casuísticas, circunstância que serve ao enfraquecimento da força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. A *ponderação definitiva* permite, ao revés, a formulação de critérios para solução de novos casos, evitando tais práticas casuísticas. Com a *ponderação definitiva*, permite-se a utilização dos princípios, como elementos para solução de *hard cases*, adequando-se o sistema à realidade social, e ao mesmo tempo

⁸⁰⁹ cf. ANTÔNIO BRITO NEVES, *Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional*, 2012, p. 706. Entretanto, informa o autor que a escolha entre os bens jurídicos não é inteiramente livre: “se a prossecução de dois valores é requerida em simultâneo e, no entanto, essa prossecução é, no caso concreto, impossível, a Ordem Jurídica impõe ao agente que escolha o dever que ela indica como superior” (*ob. cit.*, p. 696).

⁸¹⁰ O autor critica o uso e abuso de princípios para a solução de controvérsias. Utiliza expressões como “compulsão ponderadora” e “ponderação sem limites” para mostrar a existência de uma criticável tendência de absolutização de princípios em detrimento de princípios mais específicos e de regras. Neste ponto, destaca-se a maior previsibilidade e consistência determinada pela utilização dos princípios setorializados da constituição da educação e, mais especificamente, da educação básica (Cf. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, 2ª ed., São Paulo, 2014, p. 200).

afasta-se o inconveniente consistente na instabilidade (determinada pela imprevisão) que acomete o sistema na técnica da ponderação otimizante.

A crítica de MARCELO NEVES ao excesso de ponderação encontra eco na constatação feita por Streck de que ao lado da ponderação entre princípios já se fala em ponderação entre regras⁸¹¹. Para LÊNIO STRECK, “o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariedade, *ratio* final. Desse modo, se a discricionariedade é o elemento que sustenta o positivismo jurídico nos ‘casos difíceis’ e nas vaguezas e ambiguidades da linguagem dos textos jurídicos, não parece que a ponderação seja ‘o’ mecanismo que livre (ou arranque) o direito dos braços do positivismo. Pode até arrancá-lo dos braços do positivismo primitivo: mas o atira nos braços de outra forma de positivismo – axiologista, normativista ou pragmaticista”.

Nessa mesma senda, LUIGI FERRAJOLI, ao criticar o constitucionalismo principialista, considera que “configurar a ponderação como escolha ponderada de uma norma em prejuízo de outra, e admitir, portanto, a derogabilidade das normas constitucionais, equivale a desprezar a sujeição do juiz à lei: neste sentido, repito, a ponderação é uma operação juridicamente incompatível com o princípio de legalidade e com a lógica do Estado de direito. Ou então se deve entender como ponderação qualquer tipo de opção interpretativa que, como sempre, ocorre na prática jurídica; mas então convém não usar esta palavra, já comprometida pelas teorias que a contrapuseram à subsunção. Em todos os casos a ponderação é um termo infeliz e enganoso: seja pelo fato de transformar a aplicação da lei em uma operação desvinculada da própria lei, seja pelo fato de ser usada com um significado muito extenso, ao ponto de designar qualquer tipo de raciocínio jurídico de interpretação sistemática”⁸¹².

⁸¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo*. In: *Constituição, política e cidadania – Em homenagem a Michel Temer*. Coordenadores: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: GIW Editora Jurídica, 2013, p. 307.

⁸¹² LUIGI FERRAJOLI, *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*, São Paulo, 2015, pp. 135-136. Este juspublicista avança a ponto de concluir: “mas é exatamente a separação dos poderes que fica comprometida pelas doutrinas principialista. Configurando os direitos constitucionalmente estabelecidos como *princípios* objeto de *ponderação*, e não como *regras* objeto de *aplicação*, aquelas promovem um ativismo judicial que corre o risco de resultar em um desnaturamento da jurisdição, por aquelas trasmudada em uma fonte de direito, por força do papel criativo e substancialmente legislativo a ela conferido pela regra do *stare decisis*” (*ob. cit.*, p. 140).

Defende, então, LUIGI FERRAJOLI uma *ponderação equitativa*: “nos *hard cases*, que apresentam singularidade em relação aos demais, a ponderação não incide sobre as normas que serão aplicadas, mas sobre as características singulares e dos fatos submetidos a julgamento. Consiste, em resumo, em um tipo de investigação factual inevitavelmente exigido, sobretudo na presença de um concurso de normas, pela compreensão da singularidade dos fatos, e não em uma fonte ou em um método de produção normativa”⁸¹³.

V.6. Conflitos relacionados ao ensino obrigatório: a questão do ensino doméstico

O ensino obrigatório enquanto direito-dever fundamental pode ingressar em conflito tanto com direitos (liberdade de aprender, liberdade de ensinar, liberdade religiosa), como com outros deveres fundamentais (dever de proteção integral ao interesse da criança e do adolescente).

De fato, o ensino obrigatório traduz-se num limite para a liberdade de ensinar e de aprender, encontrando razão de ser na exigência moderna de formação de indivíduos com habilidades necessárias à participação responsável na construção do Estado Constitucional Democrático, o que não impede que o dever de instrução seja assegurado em outros ambientes, que não sejam o da escola, desde que preenchidos requisitos adequados e socialmente aceitáveis na sua consecução, razão pela qual faz-se necessário tratar sobre como o Tribunal Europeu de Direitos do Homem vem se posicionando sobre conflitos relacionados à escolaridade obrigatória, nomeadamente, sobre o ensino doméstico.

⁸¹³ LUIGI FERRAJOLI, *ob. cit.*, pp. 133-134.

V.6.1. Ensino obrigatório e o ensino doméstico na visão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

V.6.1.1. Caso *Konrad e outros v. Alemanha*⁸¹⁴

A controvérsia foi proposta em 2003 e julgada em 2006, quando a Corte Europeia julgou inadmissível a reclamação contra o Estado alemão, não compreendendo o *homeschooling* com um direito dos pais ou da própria criança.

A Corte Europeia entendeu que a objeção referendada pela Corte Constitucional Alemã encontra-se bem fundamentada, já que não há uma posição unânime entre os Estados – há aqueles que permitam e os que proíbem a prática do *homeschooling*, entendendo a Corte que tal temática encontra-se na margem de apreciação dos Estados-membros.

Referendou, portanto, o entendimento de que a educação obrigatória não apenas cumpre a função de transmitir ao educando o conhecimento, mas representa também, sobretudo a educação primária, um importante passo na experiência de integração com a vida em sociedade. Ainda que a educação em casa possa oferecer os mesmos níveis de conhecimento, há uma integração social que se revela mais importante, na opinião da Corte Constitucional alemã (posicionamento este que o TEDH entendeu como razoável).

Entre os argumentos da Corte alemã está ainda a compreensão de que é interesse legítimo do Estado (1) evitar que surjam sociedades paralelas baseadas em filosofias separatistas, bem como (2) integrar as minorias no seio social, deixando

⁸¹⁴ Uma narrativa dos argumentos da CEDH e da Corte Constitucional Alemã, bem como sua análise crítica, está disponível em. JOHN WARWICK MONTGOMERY, *The Justification of Homeschooling Vis-A-Vis the European Human Rights System*, 25th IVR World Congress LAW SCIENCE AND TECHNOLOGY, Frankfurt am Main, 15–20 August 2011, Paper Series No. 085 / 2012, Series B, disponível em http://madalen.files.wordpress.com/2013/12/ivr_world_congress_2011_no_085.pdf. MONTGOMERY defende que a Convenção Europeia de Direitos Humanos se baseia na concertação entre os Estados para a garantia dos direitos humanos e que, se tal Convenção garante o direito dos pais de garantir a formação filosófica e religiosa das crianças, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) não pode restringir esse direito na medida em que entende como legítima a proibição de um Estado-parte ao *homeschooling*. Muito embora MONTGOMERY defenda o *homeschooling*, ele admite que em termos de democracia moderna, o Estado tem o legítimo interesse em que os cidadãos recebam uma educação apropriada. Apenas argumenta que o Estado não tem o direito de determinar qual o método que será empregado para a aquisição desta instrução, e, portanto, não poderia proibir a *homeschooling* se os objetivos estatais estão sendo alcançados por este método.

entrever que há um conteúdo educacional que o Estado tem interesse de incutir no cidadão enquanto parte da sociedade. Um ponto, então, em que a educação obrigatória se relaciona com as bases filosóficas do Estado.

O que se destaca do caso, portanto, é a circunstância de a Corte alemã e o próprio TEDH, de certa forma, afirmarem a importância da educação obrigatória fornecida pelo Estado para a formação de cidadãos responsáveis e capazes de participar de uma sociedade democrática e plural.

Ressalte-se, ainda, que foi sublinhado a necessidade de o Estado se responsabilizar pela escolha da educação a ser oferecida às crianças, diante da impossibilidade de conhecer se no futuro ela seguirá a mesma orientação filosófica e religiosa. Trata-se, no fundo, de colisão entre o direito do Estado de formar cidadãos instruídos para a vida em sociedade e o direito dos pais de educar os filhos em conformidade com as suas convicções filosóficas e religiosas (garantido no artigo 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos), prevalecendo o interesse da coletividade, na medida em que a parte final do referido dispositivo, diz o TEDH, deve ser interpretada no sentido de que o direito dos pais não significa privar os filhos da educação por motivos de crenças filosóficas ou religiosas.

V.6.1.2. Caso *Kjeldsen, Busk Madsen e PEDERSEN v Dinamarca*.

A sentença data de 7 de dezembro de 1976 e se resume na insurgência de pais dinamarqueses contra a inclusão do ensino sexual obrigatório no currículo escolar, entendendo-a como violadora da liberdade conferida aos pais pelo artigo 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O caso merece atenção ainda pela circunstância de que a Dinamarca permite, ao lado da educação por instituições privadas, a educação a ser ministrada pelos pais em casa.

Contudo, tanto a educação em escolas particulares como o *homeschooling* exige a observância do *conteúdo mínimo exigido* para as escolas do Estado, ministrando-se as mesmas disciplinas obrigatórias e observando-se o mesmo nível de qualidade. Assim, se uma comissão do Estado, especificamente designada para este fim,

verifica que a educação fornecida pelos pais não atende os objetivos traçados, os pais serão obrigados a enviar os filhos para uma escola pública ou privada.

Portanto, mesmo que se admita o *homeschooling*, como no caso dinamarquês, é dado ao Estado ainda definir o conteúdo mínimo que deverá ser ministrado às crianças, como parte para sua formação para a vida em sociedade.

O TEDH admitiu que o Estado tem a competência de organizar o currículo escolar, como legítima pretensão de formação de uma ordem moral e de saber que esteja no contexto de um interesse público de construção de uma sociedade democrática.

Este é um caso de grande relevância na jurisprudência da Corte. Foi mencionado em diversos julgamentos posteriores, não apenas por representar uma das primeiras oportunidades em que se enfrentou a questão, mas também pelo reconhecimento de que a educação obrigatória se insere no propósito de formação de uma sociedade democrática. Para o TEDH, como lembrado também no caso *BN e SN contra a Suécia*, é através da educação que o Estado moderno cumprirá os objetivos de construção de uma sociedade fundada nesse elemento democrático.

V.6.1.3. Caso *Campbell e Cosans v. Reino Unido*⁸¹⁵

A decisão do caso sobreveio em fevereiro de 1982, remontando a questão levada à Comissão Europeia em 1976. Na controvérsia, as mães (Sras. Campbell e Cosans) de crianças em idade de matrícula obrigatória se insurgiram contra a imposição de castigos físicos, alegando violação ao artigo 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Confrontavam tanto o desrespeito à liberdade dos pais em educar, quanto a afrontam ao direito à educação das crianças ante a imposição de medidas de suspensão escolar.

Neste julgamento, o TEDH reafirmou a jurisprudência de que o Estado, ante a obrigação de respeitar as convicções religiosas e filosóficas da família, deve oferecer

⁸¹⁵ Disponível em: <http://echr.ketse.com/doc/7511.76-7743.76-en-19820225/view/>.

conhecimento curricular de forma plural, crítica e objetiva. O limite, portanto, é o exercício da doutrinação através das escolas, o qual o Estado não pode ultrapassar.

Considerou, ainda, que o conflito entre o dever de educar e o respeito às convicções filosóficas e religiosas dos pais deve ser sempre resolvido no sentido de garantir o direito da criança à educação. Não pode o Estado, no mesmo sentido, ao regulamentar a educação obrigatória, estabelecer medidas desproporcionais, devendo concretizar o direito à educação com o máximo de respeito à diversidade cultural e filosófica.

V.6.1.4. Caso *Família H. contra o Reino Unido* (06.03.1984)⁸¹⁶

A controvérsia se firmou em torno da punição de pais de crianças disléxicas que, ao optarem pela educação em casa, não ofereceram um nível adequado de instrução a seus filhos.

No caso, conclui-se que a proibição de negativa ao direito à educação (primeira parte do artigo 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos) abrange a possibilidade de instituição de escolaridade obrigatória pelos Estados e de um processo de verificação da qualidade fornecida pelas escolas privadas e pelos pais em casa.

Há, portanto, um dever de instruir as crianças em idade escolar, cabendo ao Estado, por último, estabelecer o padrão mínimo de conhecimento e fiscalizar se os pais estão cumprindo a parte que lhes cabe nesse processo de formação (por vezes, quando optado pela educação em casa, todo o trabalho fica a cargo dos pais).

Lembrou-se que o respeito às convicções filosóficas e religiosas dos pais (aqui incluindo a possibilidade de educar em casa) não pode ferir o direito das crianças a uma educação com o mínimo de qualidade exigível. A liberdade de crença dos pais deve ser exercida em conjunto com o direito à educação da criança, sobretudo no sentido de se garantir que a escolha dos pais não provoque prejuízo no futuro.

⁸¹⁶ Disponível em: <http://echr.ketse.com/doc/10233.83-en-19840306/view/>.

Há, portanto, um interesse público em, nas palavras da Corte, que as crianças possam ter uma formação com o mínimo de conhecimentos gramaticais e aritméticos, qualitativo este que será definido e fiscalizado pela ação do Estado.

E mesmo a educação fornecida pelos pais, ainda que compreendida no conjunto das suas convicções, deve ser apta a inserir a criança em uma sociedade plural e diversa. O respeito às convicções filosóficas e religiosas dos pais não inclui a possibilidade de fornecer um conteúdo curricular arbitrário e contrário à integração da criança a uma sociedade democrática e plural⁸¹⁷.

V.6.1.5. Caso *Folgero e outros contra Noruega* (sentença de 29 de junho de 2007).

Neste julgamento, o TEDH reafirmou que, no contexto do Estado Moderno, é através da educação obrigatória que se dará o processo de construção e manutenção do Estado Democrático.

No caso concreto, o Tribunal se debruçava sobre a questão de saber se o Estado da Noruega, no cumprimento de seus deveres para com a educação, difundia o conhecimento curricular de forma objetiva, crítica e pluralista, ou se, ao contrário, tratava-se de uma doutrinação contra as convicções filosóficas e religiosas dos pais em causa (traduzindo-se em violação ao art. 2º do Protocolo nº 1).

⁸¹⁷ Manifestando este mesmo entendimento, Caso *BN e SN contra a Suécia* (30.06.1993). Assim como o caso *Família H v Reino Unido*, este caso não chegou até a Corte, sendo considerado inadmissível pela própria Comissão Europeia. Antes do chamado Protocolo nº 11/1998, o sistema europeu de proteção aos direitos humanos se caracterizava pela dualidade, de modo que antes de ser submetida à CEDH, a questão deveria ser levada pelo cidadão à Comissão Europeia. Com o advento do referido protocolo, estão legitimados ativamente os indivíduos, as organizações não governamentais e os Estados. O caso se estabeleceu em torno da pretensão de pais suecos e missionários de promoverem a educação dos filhos em casa, alegando encontrar abrigo no respeito à liberdade religiosa e filosófica assegurada pelo artigo 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Não apenas foi negado o direito em relação a uma das crianças como as autoridades suecas aplicaram uma punição pecuniária em razão do descumprimento dos pais em matricular a criança numa escola regular. A própria Comissão reconheceu na oportunidade que no direito fundamental à educação estão compreendidos tanto a necessidade de regulação pelo Estado como o próprio direito deste em estabelecer a educação obrigatória e fiscalizar o cumprimento dos padrões de qualidade da educação.

O direito dos pais ao respeito a suas convicções filosóficas, mais uma vez, não pode significar a recusa ao direito à educação titularizado pela criança. Disponível em: <http://echr.ketse.com/doc/17678.91-en-19930630/view/>.

Concluiu o Tribunal, por fim, que os objetivos perseguidos pelas leis que regulamentam o programa educacional não são suficientemente adequados com a necessidade de transmissão do conhecimento de forma objetiva, crítica e pluralista, como requer o mencionado dispositivo do protocolo.

Contudo, a decisão da corte foi bastante apertada, com nove votos favoráveis e oito contra, já que a legislação interna também permitia que os pais declarassem expressamente que não concordava com parte do programa escolar, parcela esta à qual as crianças em causa não deveriam ser submetidas.

Dessa forma, a Corte assinalou que o Estado Moderno detém a legitimidade de estabelecer a obrigatoriedade da educação com o desígnio de assegurar a construção de um Estado Democrático; mas, em contrapartida, tem o dever de estabelecer tal educação de modo a garantir o respeito às convicções filosóficas e religiosas dos pais, com a transmissão objetiva, crítica e pluralista do conhecimento.

V.6.1.6. Síntese dos casos

Nas oportunidades em que se debruçou sobre o tema do *homeschooling*, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem admitiu que o Estado tem a prerrogativa de organizar o currículo escolar, como legítima pretensão de formação de uma ordem moral e de saber que esteja no contexto de um interesse público de construção de uma sociedade democrática, reconhecendo que a educação obrigatória se insere no propósito de formação de uma sociedade democrática. Para o Tribunal, é através da educação que o Estado moderno cumprirá os objetivos de construção de uma sociedade fundada nesse elemento democrático (Caso Kjeldsen, BuskMadsen e PEDERSEN v Dinamarca). Em outro caso (Família H. contra o Reino Unido), lembrou-se que o respeito às convicções filosóficas e religiosas dos pais (aqui incluindo a possibilidade de educar em casa) não pode ferir o direito das crianças a uma educação com o mínimo de qualidade exigível. A liberdade de crença dos pais deve ser exercida em conjunto com o direito à educação da criança, sobretudo no sentido de se garantir que a escolha dos pais não provoque prejuízos futuros.

Há, portanto, um interesse público em que as crianças possam ter uma formação com o mínimo de conhecimentos gramaticais e aritméticos, qualitativo este que será definido e fiscalizado pela ação do Estado.

V.6.2. Ensino doméstico e o Supremo Tribunal Federal - RE 888815 RG /RS

Para a o debate do *homeschooling* no Brasil, impende ressaltar que todas as tentativas de regularização da matéria foram frustradas, uma vez que nenhuma obteve aprovação⁸¹⁸. Com efeito, dos seis projetos de lei (PLs nºs 4.657/1994, 6.001/2001, 6.484/2002, 3.518/2008, 4.112/2008 e 3.179/2012) e de uma proposta de emenda constitucional (PEC 444/2009) existentes até o momento, nenhuma obteve êxito até então. No âmbito dos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 7407/DF⁸¹⁹, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 2002, reconheceu a inexistência de amparo legal que autorize a adoção de referida prática no Brasil.

Sucedeu que o Supremo Tribunal Federal aceitou apreciar a constitucionalidade (ou não) do ensino domiciliar no Brasil, a partir de um recurso interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negara a possibilidade de ensino na modalidade domiciliar.

No caso, a ação foi intentada contra ato da Secretária Municipal de Educação de Canela/RS, que, ao responder a consulta dos pais de um menor,

⁸¹⁸ Cf. LUCIANE BARBOSA, *Propostas que visam à legalização do ensino em casa no Brasil*, São Paulo, 2012.

⁸¹⁹ “MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, § 3º; LEI 9.394/60, ART. 24, VI E LEI 8.096/90, ARTS. 5º, 53 E 129.

1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas.

2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno.

3. Segurança denegada à mímica da existência de direito líquido e certo (MS 7.407/DF, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/04/2002, DJ 21/03/2005, p. 203)”.

recomendou a imediata matrícula na rede regular de ensino, por inexistir permissão legal para realizar a educação em regime domiciliar.

O menor, através de seus pais, se insurgiu contra a decisão, defendendo que “restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de ensino – agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia – como afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF) e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição”.

Ao analisar a importância da questão, e, portanto, sua admissibilidade para julgamento, o Supremo Tribunal Federal teve em atenção que “o caso em questão, apesar de não ser frequentemente judicializado, não está adstrito ao interesse das partes que ora litigam. Segundo a ANED (Associação Nacional de Educação Familiar), após o reconhecimento pelo MEC da utilização do desempenho no ENEM como certificação de conclusão de ensino médio, em 2012, o número de adeptos do *homeschooling* no Brasil dobrou e atingiu 2.000 famílias”.

Observou, ainda, que, em audiência pública realizada em 12.06.2013 na Câmara dos Deputados, foi dito que a educação em casa é legalmente admitida em pelo menos em 63 países no mundo. Nos Estados Unidos, maior país a realizar este tipo de ensino, o contingente de alunos nesta situação cresceu 75% desde 1999, totalizando, atualmente, 4% da população em idade escolar.

A União pleiteou o ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, ao entender pela importância do tema e por acreditar que pode contribuir para a melhor solução da controvérsia. Argumentou que “a escola é indispensável para o pleno exercício da cidadania e, na medida em que os indivíduos são orientados para respeitarem a diversidade com a qual inevitavelmente terão que conviver, contribui para a erradicação da discriminação e o respeito aos direitos humanos”.

Acrescentou que “as instituições oficiais de ensino são elementos essenciais, juntamente com a sociedade e a família, para o Estado Democrático de Direito, em

cujos fundamentos estão inseridos a cidadania e o pluralismo, entre outros (art. 1º, II e III, CF)”.

Citou a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710/90, para dizer que os Estados que a ratificaram ou a ela aderiram *“reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito”, devem “tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos” e “adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar”* (art. 28.1. a e e, grifou-se).

Além disso, esses Estados reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de imbuir nela *“o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas”*, além de prepara-la *“para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena”* (art. 29,1 d).

A demonstrar o interesse do tema para o Estado Brasileiro, outros 19 Estados brasileiros e o Distrito Federal solicitaram participar do julgamento. Alertam que a Suprema Corte Norte-Americana nunca se manifestou sobre o *homeschooling*; que Inglaterra, Escócia, Irlanda, Portugal, França, Bélgica e África do Sul permitem o ensino domiciliar, desde que autorizado pela autoridade competente e devidamente fiscalizado; na Espanha, contudo, há decisão do Tribunal Constitucional *“apontando incompatibilidade do homeschooling com o art. 27 da Constituição espanhola”*; na América do Sul, Colômbia, Chile e Peru aceitam o ensino domiciliar, enquanto a Argentina só o permite por razões médicas; no caso *Konrad v. Germany decision*, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha rejeitou a possibilidade de ensino domiciliar. Citou o julgamento deste caso pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Em conjunto, opinaram pela proibição do ensino domiciliar, por entender que, a despeito da existência de resultados escolares positivos por parte dos alunos submetidos ao *homeschooling*, a escola é responsável por atribuir uma formação plural para o exercício adequado da cidadania.

O Ministério Público Federal chegou a solução intermediária, para reconhecer que formas alternativas de educação, ainda que possam ser consideradas constitucionais, estão submetidas à reserva de lei do parlamento. O *homeschooling* estará em conformidade com a Constituição Brasileira apenas se autorizado e regulamentado pelo poder legislativo. Pelo caráter inovador, segue a ementa do posicionamento do Ministério Público:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À EDUCAÇÃO. ENSINO BÁSICO OBRIGATÓRIO. EDUCAÇÃO DOMICILIAR. CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO POR LEI. RESGUARDO DO PROJETO DE SOCIALIZAÇÃO E FORMAÇÃO PLENA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM IDADE ESCOLAR. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 822. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO EXTRAORDINÁRIO.

1 – Proposta de Tese: A utilização de instrumentos e métodos de ensino domiciliar (homeschooling) para crianças e adolescentes em idade escolar em substituição à educação em estabelecimento escolares, por opção dos pais ou responsáveis, não encontra fundamento próprio na Constituição Federal.

2 – Mesmo constatado o preparo deficiente do recurso, não deve ser obstado o trânsito do extraordinário de reconhecida repercussão geral quando a falha na complementação das custas estaduais não seja exclusivamente imputável ao recorrente. Entendendo, porém, a Supremo Corte, que é pertinente a declaração de deserção do recurso extraordinário, recomenda-se a indicação de outro, apto a apresentar a controvérsia no âmbito da repercussão geral.

3 – Pais e responsáveis legais não têm autorização para, mediante invocação do poder familiar, negar aos filhos educação nos parâmetros legais, ainda que na forma da escusa constitucional de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CF/1988). Inexiste estipulação legal de prestação alternativa que lhe permita escusar-se da obrigação legal a todos imposta de matricular seus filhos e mantê-los na escola (art. 5º, VIII, da CF/88).

4 – É inconcebível tutelar juridicamente práticas deliberadas de desescolarização no país, sem que haja previsão legal que as autorize e compatibilize com o imperativo constitucional de formação integral e socialização do educando.

5 – A Carta elevou a educação ao patamar de direito constitucional. Não está vedada, pela Constituição, a criação legal de estratégias alternativas ao ensino escolar, desde que resguardado o projeto constitucional de socialização e formação plena do educando. Novas formas de escolarização, meios de aferição da frequência escolar e outras variáveis do padrão pedagógico de ensino devem ser autorizados pelo Poder Legislativo, locus republicano de debate e deliberação públicos por excelência, dada a forte implicância política do tema.

6 – Impossibilidade de considerar, no que se refere ao caso sub judice, o ensino domiciliar, ministrado pela família, como meio lícito de cumprimento do dever de educação.

7 – Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso extraordinário”.

O caso a ser julgado pelo STF sobre a constitucionalidade do ensino doméstico no Brasil envolve a discussão não só do conflito de deveres com direitos fundamentais (dever de matricular o menor numa escola e o direito fundamental ao ensino doméstico), mas também do conflito de deveres com deveres (dever de matricular o menor numa escola e dever de proteger o melhor interesse do menor), observando a realidade brasileira.

Aplicando-se, pois, a *teoria da ponderação responsável* para solucionar os conflitos entre deveres fundamentais apresentada por este autor, observa-se que, levando-se em consideração a proteção sistemática dos direitos e deveres fundamentais de forma indivisível, num Estado Constitucional Democrático:

i) num primeiro momento, analisando qual o bem jurídico mais valioso a ser protegido pelo pai ou responsável, no conflito entre o dever de matricular o filho numa instituição oficial e o dever de proteger o melhor interesse do menor diante de uma oferta de instituições escolares, que, em regra, apresentam prestação de serviço sem qualidade, deve prevalecer o cumprimento deste último dever por parte do pai ou responsável, que demonstrará a partir de fiscalização por parte do próprio Estado, como o interesse do menor está sendo reforçado através do ensino doméstico;

ii) no segundo momento, a prevalência pela proteção do melhor interesse do menor, visa exatamente minimizar a gravidade do dano e o grau de perigo que ameaça o

direito ao ensino obrigatório de qualidade, até porque a proteção do interesse do menor prevalece a qualquer outro interesse.

Com efeito, tendo como critérios de preferência para solucionar o conflito entre o dever de matricular o menor numa instituição educacional que não apresenta qualidade na prestação do serviço e o dever de proteger o melhor interesse do menor, o ensino doméstico encontraria respaldo na Constitucional Brasileira, em face à proteção integral da criança e do adolescente, prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que os reconhece como indivíduos em condição peculiar de desenvolvimento pessoal, o que os submete a uma vulnerabilidade diferenciada e os torna merecedores, com prioridade absoluta, de proteção especial de sua personalidade.

Na hipótese de ficar demonstrado que o Estado oferece matrícula em instituições educacionais que apresentam os requisitos necessários para ser prestado um serviço de qualidade, a controvérsia a respeito da obrigatoriedade dos pais em matricular os filhos em estabelecimentos de ensino dos 04 (seis) aos 17 (dezesesseis) anos implica no conflito entre o dever de matricular o menor numa instituição oficial e o direito fundamental ao ensino doméstico. Nessa hipótese, em que pese o direito fundamental ao ensino doméstico não estar explicitado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 26.3), quanto o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 13, n°s 1 e 2), protegem o princípio da precedência da família na escolha da educação dos menores:

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a *respeitar a liberdade dos pais* e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, *sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado*, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de

indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Fica, pois, evidenciado que o direito fundamental ao ensino doméstico só pode sofrer restrição se ficar evidenciado que o melhor interesse da criança não vem sendo atendido pelo pai ou responsável, quando deverá a criança vir a ser matriculada numa instituição oficial⁸²⁰.

⁸²⁰ Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha de 02.12.2010 entendeu pela restrição do ensino doméstico. Neste julgamento, levou-se ao TC espanhol, por via de recurso de amparo, a controvérsia a respeito da obrigatoriedade dos pais em matricular os filhos em estabelecimentos de ensino dos 06 (seis) aos 16 (dezesseis) anos. O Tribunal então restringiu a questão de fundo a constitucionalidade ou não da legislação infraconstitucional que determina tal obrigatoriedade (art. 9 da Lei Orgânica 10/2002), frente à liberdade de educação dos pais assegurada pela Constituição Espanhola (art. 27).

Decidiu, então, o Tribunal que, de acordo com entendimento já consolidado (Acórdão do TC nº 382/1996), o direito dos pais de determinarem a educação que os filhos receberão se restringe à possibilidade de escolha do centro de ensino adequado às suas convicções filosóficas e religiosas⁸²⁰.

Na justificação, o Tribunal Constitucional espanhol ainda ressaltou que esta interpretação da constituição encontra-se em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens (DUDH) e dos demais acordos internacionais que a Espanha integra.

Afirmou que, quando a DUDH reconhece, em seu art. 26.3, que aos pais é dado o direito de escolher o tipo de educação que será ofertada a seus filhos, tal faculdade encontra-se limitada pela obrigatoriedade da instrução elementar que aparece no número 1 do mesmo artigo 26.

Contudo, insta salientar que o fundamento da decisão foi o reconhecimento pelo Tribunal espanhol de que a educação obrigatória imposta e regulamentada pelo Estado cumpre a finalidade instituída pela própria constituição espanhola de garantir uma educação capaz de garantir o completo desenvolvimento da personalidade humana no que diz respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais (art. 27.2).

Assinalou que a educação, que é direito de todos e que obriga os poderes públicos a implementá-la, não se restringe a um simples processo de transmissão de conhecimento, mas busca possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade e das capacidades dos alunos e compreenda a formação de cidadãos responsáveis chamados a participar nos processos que se desenvolvem no marco de uma sociedade plural em condições de igualdade e tolerância, com pleno respeito aos direitos e liberdades fundamentais dos membros restantes.

Fica claro o reconhecimento do Tribunal da proporcionalidade da restrição à liberdade de educação por parte dos pais em virtude de que tal restrição se dê em nome do interesse coletivo de que o indivíduo se forme com o conhecimento dos direitos e liberdades fundamentais.

À alegação dos recorrentes de que a restrição imposta pela legislação espanhola seria desproporcional pois não se revelaria indispensável, já que a fiscalização da educação cumpriria os objetivos constitucionais, o TC respondeu, citando o caso *Konrad e outros v. Alemanha*, que a finalidade da escolarização não se constitui apenas na transmissão de conhecimento mas se alarga para a formação de cidadãos capazes de conviver numa sociedade plural e de respeitar os princípios democráticos e os direitos e liberdades fundamentais.

Ainda, frente à arguição do terceiro subprincípio componente da proporcionalidade, chamado de proporcionalidade em sentido estrito, o Tribunal rebateu que o direito dos pais à determinar a educação dos filhos permanece assegurado, já que lhes é dado cuidar da educação complementar em casa e ainda escolher a instituição de ensino adequada às suas convicções filosóficas, religiosas e pedagógicas.

A escolarização obrigatória revela-se garantia do direito à educação das crianças assegurada pela constituição.

No fundo, a decisão do TC espanhol ganha destaque por delimitar as fronteiras da liberdade de educação em confronto com a escolaridade obrigatória.

Compete aos pais ou responsáveis proteger o melhor interesse da criança e não o Estado que deve fiscalizar para que o *melhor interesse na concepção de Estado* não seja prejudicado, incorrendo inclusive numa infração administrativa se não fizer, chegando ao ponto de sofrer perda do poder familiar.

Essa proteção ao melhor interesse do menor deve assentar-se especialmente nos direitos de crianças e adolescentes à liberdade, à dignidade e ao respeito, conforme definidos nos artigos 16, 17 e 18 da Lei nº 8.069/90, respectivamente, que resultou na necessidade de criação de um sistema especial de garantias, cuja diretriz primordial é a prevenção de possíveis violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Levado a efeito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, esse sistema é integrado pelo juízo especializado da infância e da juventude (artigos 146 a 151 da Lei nº 8.060/90); pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacionais de Direitos (artigo 88, inciso II, da Lei nº 8.069/90); pelos Conselhos Tutelares (órgãos de atuação e composição local – artigos 131 a 140 da Lei nº 8.069/90); pelas entidades de atendimentos governamentais e não governamentais (artigos 90 a 97 da Lei nº 8.069/90); pelo Ministério Público (artigos 200 a 205 da Lei nº 8.069/90); além da previsão de funções reservadas à advocacia e à Defensoria Pública⁸²¹.

⁸²¹ Nesse sentido, cf. ERIK SADDI ARNESEN, *Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 94.

Capítulo VI – Sobre a democracia participativa responsável através do dever dever de instrução obrigatória

VI.1. O problema e a tese: Constitucionalismo dos deveres, Estado Constitucional Democrático e instrução obrigatória

VI.1.1. Ensino obrigatório e emancipação política

O Estado Constitucional Democrático começa nas escolas⁸²².

Inequivocamente, o regimento interno de uma escola traduz-se num microsistema jurídico onde são percebidos os valores considerados relevantes para determinada sociedade, em que os princípios constitucionais são ensinados às crianças e adolescentes. Em outras palavras, através do ensino formal é transmitido a cultura constitucional⁸²³, pois o respeito à força normativa da Constituição começa no espaço escolar.

⁸²² JACQUES DELORS, *Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI*, UNESCO, 2010, p. 28, consigna que: “A democracia parece progredir, segundo formas e etapas adaptadas à situação de cada país; no entanto sua vitalidade encontrasse constantemente ameaçada. Na escola é que deve começar a educação para uma cidadania consciente e ativa. A participação democrática depende, de algum modo, das virtudes cívicas; no entanto ela pode ser incentivada ou estimulada pela educação e por práticas adaptadas à sociedade da informação. Trata-se de fornecer referências e grades de leitura a fim de fortalecer as habilidades de compreensão e discernimento. Compete à educação garantir às crianças e aos adultos as bases culturais que lhes permitam decifrar, na medida do possível, as mudanças em curso; tal postura supõe a elaboração de uma triagem no volume de informações, a fim de facilitar sua interpretação e de situar os acontecimentos em uma história geral. Os sistemas educacionais devem fornecer respostas para os múltiplos desafios da sociedade da informação, na perspectiva de um enriquecimento contínuo dos saberes e do exercício de uma cidadania adaptada às exigências do nosso tempo”.

⁸²³ Sobre o assunto, cf. PETER HABERLE, *Teoria de La Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2000. ZAGREBELSKY, *Estado Constitucional*, São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 293-294, afirma que: “A doutrina da constituição como ciência da cultura leva-nos a territórios muito distantes daqueles em que tradicionalmente se movem os juristas. Em primeiro julgar, foi lançado às costas o positivismo jurídico aplicado à constituição, ou seja, o ponto de vista limitado aos atos jurídicos produtores de direito constitucional em sentido estrito e formal, selecionados com o mesmo critério das normas “sobre produção” dos direitos, e submetidas à interpretação segundo os métodos da tradição civilista que observam a gramática, a sintaxe, a lógica, o sistema e, às vezes, a história jurídica. A “cultura” torna-se um, talvez até mesmo, o método determinante e que “abre” o modo de entender a constituição, enquanto a doutrina clássica da interpretação pretende “fechá-lo”, delimitá-lo, para dele poder controlar os resultados, reservando-lhe as operações conceituais dos juristas. A cultura como – perde-se o jogo de palavras – constituição (ou fator constitutivo) da constituição acompanha-se assim necessariamente de uma das ideias mais criadoras e inovadoras da doutrina de Peter Häberle, a da “comunidade aberta dos intérpretes constitucionais”, onde os “intérpretes” não são apenas aqueles debruçados sobre livros de direito constitucional, mas todos aqueles que operam na dimensão da cultura e produzem resultados constitucionalmente relevantes”.

Ficou consignado nos capítulos anteriores a importância da escolarização de massas para a afirmação e redimensionamento do Estado Constitucional até o apogeu do regime democrático, uma vez que a educação é um *antídoto antidemocrático*⁸²⁴.

De fato, o contrato social começa no ambiente escolar, com a sedimentação da razão, havendo a obediência voluntária, quando a criança já aprende o paradoxo incontornável entre os deveres e as liberdades, pois os deveres servem para proteger as liberdades que são limitadas pelos deveres⁸²⁵. Ora, se educação é um bem social, há o dever desse patrimônio ser transmitido – dever de transmitir e o dever de usufruir – dever de educar e dever de estudar.

Não é possível, pois, se pensar num Estado Constitucional Democrático sem escolas e escolas sem Estado Constitucional Democrático⁸²⁶, pois os valores da democracia são transmitidos através do ensino obrigatório⁸²⁷. O ensino obrigatório é, portanto, um dever fundamental num Estado Constitucional Democrático, na medida em que o acesso à instrução básica desperta o cidadão ao exercício de suas responsabilidades e o prepara para exercer a cidadania.

Sucedem que em quase trinta anos de regime democrático (período maior do que regime ditatorial pregresso de 1964 a 1985), a República Federativa do Brasil tornou-se uma *democracia eleitoral*, mas não uma *democracia efetiva*.⁸²⁸

⁸²⁴ Cf. FRACHIA, Fabrizio. *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, p. 27.

⁸²⁵ FABRIZIO FRACHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, ensina que “a scolarizzazione è uno strumento essenziale per garantire la piena cittadinanza, la consapevole gestione dei diritti e dei doveri e, su di un piano più generale, lo sviluppo di una società”, p. 27.

⁸²⁶ ANÍSIO TEIXEIRA, *Educação para a democracia: introdução à administração educacional*, Rio de Janeiro, 2007, p. 59, elucidava que: “democracia sem educação e educação sem liberdade são antinomias, em teorias, que desfecham, na prática, em fracasso inevitáveis”.

⁸²⁷ Nesse sentido, Cf. CARMELO CARBONE, *I Doveri Pubblici Individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, defendia que “istruzione ed educazione sono strumenti essenziali per formare i cittadini, sviluppare in loro il senso della libertà ed una coscienza critica rispetto a posizioni acquisite o di potere, creando in questo modo una società in cui siano sempre fluidi i rapporti tra le varie forze che la compongono. La democrazia, come la libertà, che di essa è strumento e fine, deve essere sentita e quindi voluta; il che si ottiene attraverso l’istruzione che, in definitiva, tende più a far volere che a far sapere. Se la libertà dal bisogno crea per l’individuo il presupposto perché egli operi senza il timore di pressioni, l’istruzione e l’educazione gli fanno acquistare la libertà di sentire e di volere, che è condizione per la democrazia. È per questo che la nuova costituzione ha elevato l’istruzione e l’educazione a dovere pubblico ed ha introdotto altri istituti perché i quali è più agevole perseguire il fine della istruzione, della educazione ed, in generale, della cultura”.

⁸²⁸ Cf. NINA RANIERI, *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*, São Paulo, 2009, p.11.

Nos trintas anos de Constituição Cidadã, é considerável o progresso dos níveis educacionais da população em geral e dos jovens principalmente, tendo-se alcançado praticamente a universalização do ensino fundamental, entretanto resultados do PISA demonstram que nos tornamos o país da educação da quantidade sem qualidade, na medida em que de 2000 a 2012 os resultados do Brasil retrocederam: de 2000 a 2012, o Brasil passou da colocação 31º para 58º em matemática; de 31º para 55º em leitura; de 31º para 59º em ciências. Paradoxalmente, o número de instrumentos para exercício da democracia⁸²⁹ participativa aumentou consideravelmente, ao passo que o Estado Constitucional Democrático foi cedendo espaço ao Estado Jurisdicional, com o crescimento exponencial de demandas judiciais nos Tribunais Brasileiros.

Ao mesmo tempo, no dia 22 de setembro de 2016, vinte e dois dias depois de ter tomado posse o novo Presidente da República Brasileiro, é editada a Medida Provisória nº 746, que procedeu a uma profunda reforma no ensino médio brasileiro, consequentemente, atingindo o ensino obrigatório, promovendo dentre outras alterações a retirada do currículo no ensino médio as disciplinas Filosofia e Sociologia que foram incluídas como disciplinas obrigatórias com a finalidade de preparo para o exercício da cidadania, a partir da Lei nº 11.684, de 02 de junho de 2008. Ou seja, foi utilizado um mecanismo excepcional do processo legislativo para transformar o ensino obrigatório brasileiro sem qualquer discussão com a sociedade aberta de intérpretes da legislação educacional (Universidades, sindicatos de professores, Conselhos da Educação Estaduais, Municipais, Associações de Pais etc.), tendo sido ainda mais preocupante as

⁸²⁹ Sobre a origem etimológica da palavra “democracia”, Marilena Chauí (*Convite à Filosofia*. 8. ed. p. 383, São Paulo: Ática, 1997) leciona que “Dois vocábulos gregos são empregados para compor as palavras que designam os regimes políticos: *arche* – o que está à frente, o que tem comando – e *kratos* – o poder ou autoridade suprema. As palavras compostas com *arche* (arquia) designam a quantidade dos que estão no comando. As compostas com *kratos* (cracia) designam quem está no poder. Assim, do ponto de vista da *arche*, os regimes políticos são: monarquia ou governo de um só (*monas*), oligarquia ou governo de alguns (*oligos*), poliarquia ou governo de muitos (*polos*) e anarquia ou governo de ninguém (*ana*). Do ponto de vista do *kratos*, os regimes políticos são: autocracia (poder de uma pessoa reconhecida como rei), aristocracia (poder dos melhores), democracia (poder do povo)”. Sobre poliarquia, ROBERT DAHL, p. 8, *Polyarchy*, 1971, “Polyarchies, then, may be thought of as relatively (but incompletely) democratized regimes, or to put in another way, polyarchies are regimes that have been substantially liberalized, that is, highly inclusive and extensively open to public contestation”.

razões apresentadas pelo Ministro da Educação para motivar a edição da medida provisória⁸³⁰.

Em apertada síntese, o Ministro da Educação consignou que:

i) os dados educacionais publicados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP demonstraram que 41% dos jovens de 15 a 19 anos no ensino médio apresentaram “péssimos resultados educacionais”;

ii) de 1995 a 2015, o Brasil revelou queda no desempenho de 5,3% em matemática e 8% de redução em língua portuguesa;

iii) “no geral, No geral, mais de 75% dos alunos estão abaixo do esperado, e por volta de 25% encontram-se no nível zero, ou seja, mais de dois milhões de jovens não conseguem aplicar os conhecimentos adquiridos nas disciplinas de português e matemática”;

iv) Sobre a urgência, o Ministro pontuou: “aprofundando-nos no aspecto da urgência, há que se considerar que, dada a oscilação do quantitativo populacional brasileiro, observa-se que o desafio nacional é ainda mais amplo. No período de 2003 a 2022, é estimado que a população jovem brasileira atinja seu ápice, alcançando por volta de 50 milhões dos habitantes. A partir disso, inicia-se uma queda projetada em 12,5 milhões de jovens, de modo que este é o momento mais importante e urgente para investir na educação da juventude, sob pena de não haver garantia de uma população economicamente ativa suficientemente qualificada para impulsionar o desenvolvimento econômico”.

De fato, tornou-se necessário a indicação desses dados desoladores quanto aos resultados na educação brasileira, pois só se pode admitir democracia com qualidade num Estado que assegure educação de qualidade, sendo a falta de sua prestação corolário do déficit democrático.

Em que pese a palavra democracia⁸³¹ não aparecer nenhuma vez na Constituição Federal de 1988, a palavra cidadania aparecer 7 vezes e a palavra cidadão

⁸³⁰ Sobre a exposição de motivos apresentada pelo Ministro de Estado da Educação, cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-746-16.pdf

11 vezes, a construção do Estado/regime Democrático apresenta 10 ocorrências, demonstrando o objetivo do legislador constituinte em construir um Estado Constitucional Democrático, ou seja, para haver a consolidação de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CF/88), é indispensável que os cidadãos exerçam seus deveres de cidadania, sendo que o exercício de cidadania dependerá de educação (artigo 205 da CF/88).

Sem embargo, a Constituição Federal de 1988 revela a passagem da democracia representativa⁸³² para a democracia participativa⁸³³, pois a construção de democracia efetiva e de qualidade depende de participação popular, e, considerando o papel da educação para a formação da cidadania, reveste-se de especial relevo a escolaridade voltada à fase correspondente à infância e adolescência, tendo sido construído um regime jurídico da educação básica⁸³⁴.

Nesse sentido, a fruição do ensino obrigatório implica a emancipação política do cidadão, pois o Estado Constitucional Democrático exige, na formação do cidadão, o preparo para viver em ambiente democrático e republicano, o que supõe conhecimento das instituições democráticas, dos mecanismos de representação e dos

⁸³¹ Cr. JORGE MIRANDA, *Os princípios da democracia*, Porto Alegre, 2013. p. 255: “por democracia entende-se a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer membros da comunidade) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos. Não é simples titularidade do poder no povo ou reconhecimento ao povo a origem ou da base da soberania. Não basta declarar que o poder em abstracto pertence ao povo, ou que lhe pertenceu num momento pretérito e que ele o exerceu de uma vez para sempre – donde uma legitimidade de tipo democrático. Nem que o poder constituinte, a aprovação da Constituição positiva, compete ao povo, ficando os poderes constituídos para os governantes. Democracia exige exercício do poder pelo povo, pelos cidadãos, em conjunto com os governantes, e esse exercício deve ser actual, e não potencial, deve traduzir a capacidade dos cidadãos de formarem uma vontade política autónoma perante os governantes. Democracia significa que a vontade do povo, quando manifestada nas formas constitucionais, deve ser o critério de acção dos governantes”.

⁸³² JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 259, afirma que “a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzido na separação de poderes e no respeito da lei (Estado de direito formal). E postula-o pela exigência dos direitos fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas”.

⁸³³ NINA RANIERI, *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*, São Paulo, 2009, p.15, ensina que “se a consolidação da democracia representativa é um fenómeno do século XX, no início do século XXI o que está em questão não é apenas a manifestação da soberania popular, mas a qualidade da democracia e a confiança que os cidadãos depositam nas instituições democráticas e, em particular, em seus representantes... se a democracia dos modernos implica a transferência do poder de decidir do cidadão para o representante, as democracias da segunda metade do século XX conferiram às instituições um papel de mediação que permite distinguir o regime democrático de outras formas de governo”.

⁸³⁴ Cf. ANDRÉA ZACARIAS VIEIRA, *O regime constitucional do direito à educação básica*, *Revista de Direito Constitucional*, Ano 20, Vol. 81, Outubro-Dezembro, São Paulo, RT, 2012, p. 76.

direitos e deveres inerentes à cidadania⁸³⁵, até porque uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado⁸³⁶, podendo haver a emancipação eleitoral antes mesmo da maioridade penal, *id est*, o cidadão brasileiro tem a responsabilidade de escolher o futuro do Estado, independentemente de ser responsável penalmente pelos seus atos⁸³⁷.

VI.1.2. Ensino obrigatório, cidadania e democracia participativa

A democracia participativa da CF/88 não permite a equivalência de tratamento das expressões cidadania e nacionalidade, pois a cidadania, em sentido amplo, traduz-se num *vínculo de pertencimento* do indivíduo à sociedade estatal, *id est*, ao mesmo tempo que é o direito a ter direitos, é o dever de cumprir com deveres, entre eles o dever de instrução. Entre as *exigências da cidadania* (obrigações tributárias, o serviço militar, o serviço eleitoral etc.), está o ensino obrigatório dos quatro aos dezessete anos, que reproduz as expectativas da sociedade brasileira em relação aos seus membros, para quem, em contraposição, ela se organiza para viabilizar o exercício do direito da educação⁸³⁸.

O ensino obrigatório é dever fundamental que vem a dar densidade ao fundamento da cidadania no Estado Democrático de Direito brasileiro⁸³⁹, indispensável à preparação do cidadão atender às expectativas da democracia participativa.

835 Sobre a noção do direito ao voto e o direito ao ensino básico como direitos-deveres, EMERSON GARCIA, *cit.*, p. 189, esclarece que “o direito ao voto dos maiores de dezoito anos e o direito ao ensino fundamental: em ambos os casos, o exercício é obrigatório. Reconhecendo a relevância da participação política individual na formação das estruturas estatais de poder e o importante papel desempenhado pela educação fundamental na construção da cidadania, o Constituinte de 1988 não deixou qualquer margem de disponibilidade em relação a esses direitos: são direitos-deveres”.

836 Cf. THEODOR W. ADORNO, *Educação e emancipação*, São Paulo, 2006, p. 141.

837 Estabelece o artigo 14 da CF/88: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”. Por sua vez, o Art. 228 da CF/88 preconiza que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

838 Cf. ERIK SADDI ARNESEN, *op. cit.*, p. 7.

839 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da

Com efeito, o dever de estudar é uma das exigências da cidadania, haja vista que a cidadania, como condição jurídica relacionada à titularidade e ao exercício de direitos fundamentais, está condicionada ao atendimento de deveres fundamentais, *rectius*, o dever de instrução obrigatória. Exercício da cidadania deve traduzir-se na busca da igualdade de oportunidades, garantindo aos cidadãos direitos e deveres na proporção de suas necessidades, revelando-se, pois, a necessidade de serem criadas mais teorias sobre o exercício da democracia participativa, que se adequem às necessidades de cada contexto histórico, no caso desta tese, à luz de um Constitucionalismo dos deveres.

Nessa senda, constata-se a teoria do Estado Democrático-Participativo de PAULO BONAVIDES⁸⁴⁰, onde versa sobre “a sucessão histórica e de coexistência, não raro controversa e hostil, o Estado liberal, o Estado socialista, o Estado social, e, de último, na contemporaneidade da globalização, dois outros modelos desse Estado, a saber, o Estado neoliberal e o Estado neo-social – um reacionário, outro progressista; um já bastante formulado, outro apenas esboçado; um positivado, outro teorizado; um no Primeiro Mundo, outro na periferia. A quinta modalidade que prognosticamos e defendemos, ou seja, o Estado neo-social da periferia, ainda se acha em gestação nas reflexões dos cientistas políticos e constitucionais. Em nossa nomenclatura política ele se chama Estado democrático-participativo”⁸⁴¹.

Por sua vez, JORGE MIRANDA⁸⁴², chama a atenção de que “quando se fala em democracia participativa, pensa-se, todavia, em participação de grau mais intenso ou mais frequente do que o voto de tantos em tantos anos ou em participação”, sendo que “cidadania significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. Foi nesta perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu após a Revolução Francesa. E se, por vezes, parece reservar-se o termo para a cidadania activa,

livre iniciativa; V – pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁸⁴⁰ Para PAULO BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo, 2001, p. 10, “há quatro princípios cardeais compondo a estrutura constitucional da democracia participativa”: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana, (ii) o princípio da soberania popular, (iii) o princípio da soberania nacional e (iv) o princípio da unidade da constituição.

⁸⁴¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 18, adverte que “a queda de legitimidade dos órgãos legislativos e executivos se faz patente, profunda, irreparável nos moldes vigentes. Urge introduzir pois o mais cedo possível a nova legitimidade, cuja base recomposta é, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana, sem a perversão representativa, sem o falseamento de vontade, sem as imperfeições conducentes às infidelidades do mandato e aos abusos da representação”.

⁸⁴² JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VII, Coimbra, 2007.

correspondente à capacidade eleitoral, a restrição acaba por radicar ainda na mesma ideia”⁸⁴³.

Nessa mesma linha, o publicista JOSÉ MELO ALEXANDRINO⁸⁴⁴ ensina que “A democracia participativa representa antes de mais um reforço e complemento da democracia representativa, tendo a ver com o envolvimento mais intenso dos cidadãos do que aquele que se traduz no periódico exercício do direito do voto, pressupondo por conseguinte uma *activação* ou produção de *inputs* por parte dos cidadãos, a título individual ou colectivo, na gestão da informação, no debate, no processo de decisão e na avaliação das decisões tomadas pelos órgãos e instituições. Desde o exercício de uma multiplicidade de direitos políticos, ao envolvimento na vida interna dos partidos, à intervenção em sede de procedimento legislativo, à discussão pública de planos e regulamentos administrativos, são múltiplos os afloramentos dessa realidade no texto constitucional”⁸⁴⁵, admitindo que o conceito de democracia é um dos conceitos mais

⁸⁴³ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁴⁴ Para ALEXANDRINO, *Democracia Representativa e Democracia Participativa na União Europeia*, 20/09/2016, disponível em http://www.joaotiagosilveira.org/mediaRep/jts/files/Democracia_representativa.docx, a democracia participativa na União Europeia, sendo complementar relativamente à democracia representativa e passível de envolver múltiplas formas (como a participação consultiva, a contratualização ou outras formas de intervenção dos cidadãos), no primeiro sentido, há a salientar especialmente no âmbito da União Europeia os seguintes mecanismos de democracia participativa (exercitáveis designadamente no âmbito das funções política, administrativa, consultiva e de controlo): (i) Participação na criação e na vida interna dos partidos políticos ao nível europeu, atento designadamente o disposto no artigo 10.º, n.º 4, do TUE ou no artigo 12.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (abreviadamente CDFUE); (ii) A disposição das instituições para concederem aos cidadãos e às suas associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre as atribuições da União (artigo 11.º, n.º 1, do TUE); (iii) As práticas da Comissão de diálogo aberto e regular e de consulta⁸⁴⁴ com as associações representativas, com a sociedade civil e com as partes interessadas (artigo 11.º, n.º 2 e 3, do TUE); (iv) Participação através da iniciativa legislativa popular europeia (artigo 11.º, n.º 4, do TUE); (v) Participação na criação e na vida interna de associações políticas, sindicais e cívicas, designadamente no plano europeu (12.º, n.º 2, da CDFUE); (vi) Participação através do exercício dos direitos de expressão, reunião e manifestação política (artigos 11.º e 12.º da CDFUE); (vii) Participação através dos mais variados instrumentos e acesso aos *fora* de democracia electrónica; (viii) Participação através da organização da cooperação, ainda por estabelecer, com outros atores sociais, como ONG, organizações do sector social, comunidades religiosas, etc.; (ix) A Convenção como experiência concreta de abertura à sociedade e como componente do processo de revisão ordinário dos tratados (artigo 48.º, n.º 3, do TUE); (x) A existência e funcionamento de órgãos consultivos maiores (artigo 13.º, n.º 4, do TUE e artigo 300.º do TFUE): o *Comité Económico e Social* (representativo da sociedade civil) e o *Comité das Regiões* (representativo das autarquias locais); (xi) O reconhecimento do princípio da abertura (artigo 15.º, n.º 1, do TFUE), do direito a uma boa administração (artigo 41.º da CDFUE), do direito de acesso aos documentos (artigo 42.º da CDFUE) e dos direitos de queixa ao Provedor de Justiça Europeu (artigo 43.º da CDFUE) e de petição ao Parlamento Europeu (artigo 44.º da CDFUE); (xii) Abertura à possibilidade da contratualização com os parceiros sociais, através de acordos (artigo 155.º, n.º 1, do TFUE); (xiii) Por fim, uma vez que o artigo 10.º, n.º 3, associa a participação também às ideias de abertura e proximidade aos cidadãos do processo de decisão, haveria ainda um conjunto relevante de mecanismos e preceitos a citar (como os resultantes dos artigos 1.º, 2.ª frase, 11.º, n.º 2, do TUE ou dos artigos 15.º ou 249.º, n.º 2, do TFUE, entre numerosos outros).

⁸⁴⁵ ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, volume II, Lisboa, 2016, p. 115.

problemáticos e afirma: “a nós interessa-nos a concepção moderna de democracia, cujo cerne é dado pela igualdade de todos os cidadãos, no sentido de que a democracia dos modernos pressupõe antes de tudo o mais que todos os membros do povo tenham ‘um igual direito à participação política’”⁸⁴⁶. E acrescenta que prefere “acentuar a relação da democracia com o segundo lado do constitucionalismo, vendo nela uma *forma de organização e racionalização da titularidade e do exercício do poder político numa comunidade humana*, o que implica a consideração de sucessivos níveis, desde o da legitimação do poder político, o da arquitetura do sistema do governo, o da regulação das formas do exercício do poder político, o do controle da ação desenvolvida até ao da responsabilidade política”⁸⁴⁷.

VI.1.2.1. Mecanismos de democracia participativa previstos na CF/88

Impende, pois, indicar o exaustivo rol de mecanismos de democracia participativa na Constituição Brasileira de 1988⁸⁴⁸ e na legislação infraconstitucional.

Na Constituição Federal de 1988, o cidadão poderá invocar os seguintes instrumentos:

(i) Primeiro, os definidos no artigo 14 da CRFB/88: o plebiscito (art. 14, I), o referendo (art. 14, II) e a iniciativa popular (art. 14, III);

(ii) Depois, outras formas espalhadas pelo texto constitucional: o direito fundamental de acesso de todos à informação administrativa (art. 5.º, XIV e XXXII) e o direito de petição e de certidão em repartições públicas (art. 5.º, XXXIV). Há, ainda: a previsão de participação dos trabalhadores em colegiados de órgãos públicos em que se discutam seus interesses (art. 10); iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 28, XIII); direito de fiscalização pelos

⁸⁴⁶ ALEXANDRINO, *Op. cit.*, p. 108.

⁸⁴⁷ ALEXANDRINO, *Op. cit.*, p. 109.

⁸⁴⁸ Tanto para as previsões no texto constitucional, como nas leis infraconstitucionais, cfr. SANTIM, Janaína Rigo Santim, *Princípio da participação: uma análise a partir do ordenamento jurídico brasileiro*, in Revista de Direito Público, n.º 5 (janeiro/junho de 2011), Lisboa: Instituto de Direito Público, 2011, p. 59-105; cf. também FERRAZ, Anna Candida da Cunha, *Aspectos da projeção da democracia participativa na atuação do Supremo Tribunal Federal*, Lisboa, 2011, pp. 27-58.

contribuintes das contas dos Municípios (art. 31, § 3.º); possibilidade de, na forma da lei, haver a participação do usuário na administração direta e indireta (art. 37, §3.º); a necessidade que as comissões que compõem o Congresso Nacional têm de realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, parágrafo segundo, II), receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (art. 58, par. segundo, IV) e solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão (art. 58, par. segundo, V); direito de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidade perante as Cortes de Contas (art. 74, § 2.º); a eleição de 06 (seis) cidadãos para exercício de mandato de 03 (três) anos no Conselho da República (qualificado pelo texto constitucional como “órgão superior de consulta do Presidente da República”) (art. 89, VII); obrigatoriedade de o sistema de seguridade social observar o caráter democrático e descentralizado da administração, numa gestão quadripartite (art. 194, VII);

(iii) Quanto aos direitos sociais, coletivos e difusos, observa-se a necessidade de uma gestão democrática no campo da saúde (arts. 197, 198, III e 227, § 1.º); da assistência social (art. 204, I); da educação (art. 205 e 206, VI); da cultura (art. 216, § 1.º); do meio ambiente (art. 225); da criança e do adolescente (art. 227, § 1.º); do aproveitamento de recursos naturais em terras indígenas (art. 231, § 3.º).

(iv) A Constituição Brasileira de 1988 também inovou na participação dos cidadãos no controle concentrado de constitucionalidade. Enquanto a legitimidade para propor as ações de controle abstrato na vigência do texto constitucional de 1967/1969 era atribuída apenas ao Procurador-Geral da República, a Constituição de 1988⁸⁴⁹ abriu o controle concentrado a extenso rol de legitimados, inclusive para partidos políticos, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, confederação sindical e

⁸⁴⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

entidades de classe de âmbito nacional⁸⁵⁰⁸⁵¹. Neste sentido, é significativo que das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas desde então, 42% (quarenta e dois por cento) foram propostas por Confederação Sindical, Entidade de Classe de Âmbito Nacional, Partido Político ou pelo Conselho Federal da OAB. Quando se trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), este número chega a 87%, 34% e 58%, respectivamente⁸⁵².

VI.1.2.2. Mecanismos de democracia participativa na legislação infraconstitucional

No âmbito da legislação infraconstitucional, o rol de mecanismos é bastante exaustivo e foi sendo alargado nos quase trinta anos de Constituição. Senão vejamos:

(i) A participação no processo de licitação: o art. 4.º da Lei de Licitações de n.º 8.666/93 permite a participação de qualquer cidadão em toda as fases do processo licitatório, desde que não venha a interferir ou perturbar os trabalhos; possibilita, ainda, em seu art. 3.º, que qualquer cidadão participe da licitação, já que é pública e deverá respeitar o princípio da isonomia, selecionando a proposta mais vantajosa à Administração. No art. 7.º, parágrafo 8.º, a mesma lei garante a qualquer cidadão o direito de requerer ‘à Administração Pública os quantitativos de obras e preços unitários de determinada obra executada’. E o art. 41, parágrafo primeiro 1.º, admite que qualquer cidadão impugne o edital de licitação por irregularidades na aplicação da Lei n.º 8.666/93. A referida lei lança mão ainda do mecanismo de audiência pública, quando, no art. 39, caput, obriga a realização de audiências públicas para dar-se início ao processo licitatório sempre que o valor estimado do objeto de uma licitação ou de um conjunto de licitações sucessivas ou simultâneas exceder a R\$ 150.000.000,00 (cento e

⁸⁵⁰ Cfr. Anna Candida da Cunha Ferraz, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁵¹ É significativa também a participação do cidadão no processamento da ação de controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, como se verá a seguir, no tratamento da legislação infraconstitucional, já que a disciplina processual do controle de constitucionalidade abstrato está prevista em leis infraconstitucionais, como as Leis de n.º 9.868/99 e de n.º 9.882/99.

⁸⁵² Cfr. Anna Candida, *op. cit.*, pp. 35-36.

cinquenta milhões de reais) (cem vezes o limite previsto para a obrigatoriedade de concorrência para obras e serviços de engenharia estabelecido no artigo 23, I, alínea 'c').

(ii) Na legislação ambiental: o artigo 8.º, II, da Lei n.º 6.938/31 autoriza que o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) convoque entidades privadas para prestar informações na apreciação de estudos de impacto ambiental. Tal previsão foi regulada pela Resolução n.º 009/87 do Conama, dispondo no seu artigo 2.º, caput, que esta prestação de informações deverá ser processada por meio de audiência pública sempre que se julgar necessário ou quando solicitado por entidade civil, Ministério Público ou cinquenta (sic) cidadãos. Caso solicitada e não observada essa formalidade, poderá ser declarada inválida a licença ambiental que vier a ser outorgada (p. 85).

(iii) Na lei de processo administrativo: na Lei n.º 9.784/99, os artigos 31 a 35 tratam da consulta pública a ser aberta pelo órgão competente, mediante despacho motivado, se a matéria do processo envolver assuntos de interesse geral e não houver prejuízo para a parte interessada, a fim de possibilitar a manifestação de terceiros (art. 31). A depender da relevância da matéria pública em questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre o tema ou outros meios de participação dos administrados, de modo direto ou por meio de organizações ou associação legalmente constituídas (arts. 32 a 33).

(iv) Nas Concessões e Permissões de Serviços Públicos: Os artigos 3.º, artigo 7.º, incisos II, IV, V e VI, e artigo 30, parágrafo único e 31, III, todos da Lei n.º 8.987/95, estendem a fiscalização das concessões e permissões também para a cooperação dos usuários do serviço público. Quanto à prestação de contas, exige-se que esta seja feita também aos usuários. O art. 22, por sua vez, garante a todos os cidadãos o direito de obterem certidões sobre “atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões”. Também na instituição das agências reguladoras estabeleceu-se mecanismos de participação do cidadão. A Lei 9.427/97, por exemplo, que cria a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), exige, em seu art. 4.º, parágrafo 3.º, a realização de audiência pública quando o processo decisório puder afetar direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou consumidores. O art. 19 da Lei n.º 9.478/97 (lei que dispõe sobre a política energética nacional, estabelece que “as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem

afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida” pela Agência Nacional do Petróleo.

(v) No Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001): o capítulo IV da lei versa sobre a “gestão democrática da cidade”⁸⁵³, prevendo a utilização de órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual ou municipal (art. 43, I); realização de debates, audiências e consultas públicas (art. 43, II); conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal (art. 43, III); iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43, IV). O art. 44 estabelece, destaque-se, como condição obrigatória para que a Câmara Municipal aprove as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual.

(vi) Na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000): o art. 48, parágrafo único, desta lei define os instrumentos de transparência da gestão fiscal. Primeiro, pelo “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos” (art. 48, par. único, I); pela “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público” (art. 48, par. único, II); pela “adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A” (art. 48, par. único, III). No art. 49, a lei dispõe que as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder

⁸⁵³ Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO)

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade. A lei exige, ainda, a necessidade de publicação de contas e relatórios previstos, com ampla divulgação ao público (arts. 51, 55, parágrafo segundo e art. 56, parágrafo terceiro). Dispõe também que “o acompanhamento e avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade” (art. 67)⁸⁵⁴.

(vii) No processo de julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade: a) a Lei n.º 9.868/99, destinada a disciplinar o processamento da ADI, ADO e ADC, estabelece que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades” (art. 7.º, parágrafo segundo) – trata-se do instituto que ficou conhecido como *amicus curiae*; “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 9.º, §1º); b) a Lei n.º 9.882/99, ao disciplinar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevê que, “se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência

⁸⁵⁴ “Art. 67. O acompanhamento e a avaliação, de forma permanente, da política e da operacionalidade da gestão fiscal serão realizados por conselho de gestão fiscal, constituído por representantes de todos os Poderes e esferas de Governo, do Ministério Público e de entidades técnicas representativas da sociedade, visando a:

I - harmonização e coordenação entre os entes da Federação;

II - disseminação de práticas que resultem em maior eficiência na alocação e execução do gasto público, na arrecadação de receitas, no controle do endividamento e na transparência da gestão fiscal;

III - adoção de normas de consolidação das contas públicas, padronização das prestações de contas e dos relatórios e demonstrativos de gestão fiscal de que trata esta Lei Complementar, normas e padrões mais simples para os pequenos Municípios, bem como outros, necessários ao controle social;

IV - divulgação de análises, estudos e diagnósticos.

§ 1º O conselho a que se refere o *caput* instituirá formas de premiação e reconhecimento público aos titulares de Poder que alcançarem resultados meritórios em suas políticas de desenvolvimento social, conjugados com a prática de uma gestão fiscal pautada pelas normas desta Lei Complementar.

§ 2º Lei disporá sobre a composição e a forma de funcionamento do conselho”.

pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 6.º, §1.º), e que “poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo” (art. 6.º, § 2.º); c) O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) também dedica diversos dispositivos à participação do *amicus curiae* e disciplina da *audiência pública*: art. 131, § 3.º; art. 13, incisos XVII, XVIII e XIX; art. 21, inciso XVII, XVIII e XIX; art. 154, inciso III e parágrafo único; art. 155; e art. 363.

VI.2. Dever de estudar como exigência da cidadania participativa responsável: sofisticação no exercício da cidadania

VI.2.1. Estado Jurisdicional de direito e democracia participativa responsável

Se no contexto do Estado Liberal, o Parlamento tinha primazia sobre o Executivo e o Judiciário e se, no Estado Social, a prevalência foi do Executivo, eis que no neoconstitucionalismo, *rectius*, o protagonista é o Poder Judiciário, passando o Estado Constitucional Democrático a um Estado jurisdicional de direito⁸⁵⁵.

De fato, como ensina a ilustre publicista SUZANA TAVARES DA SILVA, a falta de moderação da atuação do Poder Judiciário em países com uma cultura democrática mais frágil⁸⁵⁶, aflora um ativismo judicial inadequado, comprometendo o Estado Constitucional Democrático.

⁸⁵⁵ Cf. MARIA BENEDITA URBANO, “*CRIAÇÃO JUDICIAL*” E “*ACTIVISMO JUDICIAL*”: AS DUAS FACES DE UMA MESMA FUNÇÃO?, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012, p. 7-41. A autora concorda com Ferrajoli quando adverte que o fenômeno do ativismo está relacionado com a crise enfrentada pelo Estado de Direito, seja na sua versão de Estado legislativo, seja sobretudo na sua versão mais atual de Estado constitucional. Diante deste cenário, afirma que a versão mais atual do Estado de Direito, pelo menos em alguns países, é a de um Estado jurisdicional de direito. Nesse mesmo sentido, cf. LUIGI FERRAJOLI, *op. cit.*

⁸⁵⁶ Diz a autora: “moderações que são fundamentais em todos os sistemas, de forma a não esquecer a essencialidade do controlo de constitucionalidade e a evitar as situações patológicas sob o ponto de vista do princípio da separação de poderes, conhecidas como *ativismo judicial* (Urbano, 2014), típico do controlo de constitucionalidade em sistemas sociopolíticos com uma cultura democrática mais frágil, como é o caso do Brasil. Patologias que geram problemas estruturais graves no plano económico e financeiro, quando estamos perante decisões em matéria de direitos sociais ou dos denominados ‘direitos ambientais’, e que podem também pôr em causa a estrutura sociológica, quando aplicados aos denominados direitos da bioconstituição (as refrações do direito à identidade genética). Estes são alguns dos novos desafios que a *judicialização da política* tem suscitado neste início do século XXI reflectidos em três fenómenos conjugados: i) a interpenetração do discurso jurídico no domínio da política (ou nas

Nesse sentido, DANIEL SARMENTO⁸⁵⁷ aponta a existência de três críticas/objeções mais consistentes feitas ao neoconstitucionalismo:

(i) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático⁸⁵⁸;

(ii) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura;

(iii) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.

Sucedee, pois, que a ponderação desenfreada exercida pelo Poder Judiciário⁸⁵⁹ decorre da falta de cultura constitucional do cidadão⁸⁶⁰ que tem inúmeros instrumentos para a proteção do Estado Democrático, mas não tem formação mínima para poder invocá-los perante a Administração ou entre os particulares.

Faz-se necessário, portanto, motivar o legislador para que no eixo de formação mínimo obrigatório, ao lado das disciplinas que consubstanciam o conteúdo dos valores considerados imprescindíveis a manutenção do Estado Democrático, a

fórmulas de Teubner e Habermas, a captura dos conflitos sociais pelo jurídico); *ii*) a expansão do constitucionalismo a todas as áreas normativas, interferindo com o regular exercício do poder legislativo democrático; *iii*) a generalização das agências reguladoras nas áreas económicas, que regulam questões políticas sob uma aparente legitimação científica (Hirschl, 2009)” (*Direitos Fundamentais na Arena Global*, 2ª ed., Coimbra, 2014, P. 22).

⁸⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, São Paulo/Coimbra, 2009, aponta que é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Essa obsessão pelo Poder Judiciário leva a certa desconsideração do papel desempenhado outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional.

⁸⁵⁸ LENIO LUIZ STRECK, *Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo*, Porto Alegre, 2013, p. 299, também manifesta crítica semelhante ao neoconstitucionalismo ao afirmar que “é possível dizer que, nos termos em que o *neoconstitucionalismo* vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na *loteria do protagonismo judicial* (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência)”. Para Streck, todos estes fenômenos relacionados ao neoconstitucionalismo são perigosos na medida em que deslocam o sistema jurídico para a ponderação e para a discricionariedade judicial. Para ele, o problema encontra-se no fato de o neoconstitucionalismo apostar nestes elementos não democráticos (ponderação e discricionariedade judicial).

⁸⁵⁹ “O mérito que o constitucionalismo contemporâneo reclama para si próprio é o de ter conseguido superar o positivismo jurídico, exigindo, pelo menos, que o Direito válido não implique injustiça extrema, sem fazer incorrer a actividade interpretativa do Direito em subjectivismo ou arbítrio judicial”, RAVI AFONSO PEREIRA, *Interpretação constitucional e Justiça Constitucional*, Coimbra, 2012, p. 78.

⁸⁶⁰ Cf. PETER HÄRBELLE, *op. cit.*

criança e o jovem devem também estudar os mecanismos de participação na democracia substancial, razão pela qual este autor considera que ao lado dos Projetos de Lei que estão em curso para alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – Lei nº 9.394/96, deve ser discutido Projeto de Lei sobre a introdução dos estudos dos mecanismo de participação no ensino básico. Em outras palavras, urge que seja discutido Projeto de lei para que os instrumentos de democracia participativa sejam conhecidos por todos os cidadãos, com a adoção de políticas públicas que estimulem a sua provocação de forma adequada.

De fato, não faltam Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, visando a alteração da LDB para ampliação de seu campo normativo, mas é imprescindível que o cidadão tenha o dever de estudar sobre mecanismos de participação que ele poderá utilizar para a proteção do Estado Constitucional, evitando a consolidação de um Estado Jurisdicional.

Estão em curso alguns Projetos de Lei que visam alterar a LDB, entre eles:

i) Projeto de Lei do Senado nº 70/2015

Já foi aprovado no Senado Federal e se encontra na Câmara dos Deputados para dispor sobre os currículos da educação básica, visando: a) a introdução do estudo da Constituição Federal no art. 27, I, e b) a compreensão do exercício da cidadania e dos valores éticos e cívicos em que se fundamenta a sociedade, no art. 32, II, ambos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

ii) Projeto de Lei 7420/2006

Trata da Lei de Responsabilidade Educacional. Está previsto no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei nº 13.005, de 2014. Na Estratégia nº 20.11, de sua Meta 20, assim prevê o Plano: “aprovar, no prazo de 1 (um) ano, Lei de Responsabilidade Educacional, assegurando padrão de qualidade na educação básica, em cada sistema e rede de ensino, aferida pelo processo de metas de qualidade aferidas por institutos oficiais de avaliação educacionais”. O prazo já está vencido, mas o imperativo permanece. Não se trata apenas de dar cumprimento a um dispositivo presente em lei, mas, sobretudo, de estabelecer um importante marco para afirmar a

política educacional como política de Estado. Estabelece requisitos para garantia do padrão de qualidade da educação básica, o financiamento supletivo e a responsabilização pela implementação de políticas educacionais.

VI.2.2. A demonstração da hipótese

Três são os princípios que podem justificar essa tese do dever de escolaridade obrigatória⁸⁶¹ no Estado Constitucional Democrático: teoria da participação responsável, a teoria da deverosidade diferenciada e a teoria da recompensa.

VI.2.2.1. Princípio da cidadania participativa responsável – *status educationem*

A superação da crise do Estado do Mal-Estar Social, desencadeada pelos excessos do Estado Assistencialista, ocorrerá pelo respeito aos deveres fundamentais, onde os cidadãos exercerão suas liberdades com responsabilidade, preocupando-se com a escolaridade obrigatória dos demais, consolidando um movimento de participação⁸⁶² responsável.

Não se busca discutir solidariedade educacional, mas sim *compromisso constitucional* na efetividade do ensino básico obrigatório de qualidade, em benefício da coletividade, visando minimizar o subdesenvolvimento educacional, demonstrado em resultados junto aos organismos internacionais e reconhecido pelo próprio Estado Brasileiro atualmente.

⁸⁶¹ Para SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional. Comentários à Constituição de 1946*, 4º. volume, São Paulo, 1960, pp. 765-767, entre as formas extremas de regimes políticos – autocracia e democracia – é reservado papel distinto à educação: nas autocracias, quanto mais ignorante for o povo melhor; quando muito o governo deve monopolizar a educação, para fanatizar as massas, silenciando-as no trabalho; b) nas democracias, quanto mais educado o povo na escola da liberdade, melhor; cabe ao Estado intervir apenas para suprir as deficiências individuais em educação.

⁸⁶² PETER HÄRBELE, *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre, 1997, pp. 9 e ss, defende que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma, na medida em que o destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente do processo hermenêutico.

Mas o que seria a cidadania participativa responsável?

Utiliza-se aqui o conceito atribuído por JACQUES DELORS que desponta para uma *democracia participativa responsável*, uma vez que o discurso da democracia precisa ser reafirmado constantemente para não se permitir retrocessos políticos. A preservação da democracia depende da participação da vida em comunidade de forma responsável⁸⁶³, o que resulta na importância do cidadão em estar preparado para exercer seus deveres fundamentais - deveres de cidadania - para evitar um recuo democrático ou proibição do retrocesso democrático.

Adota-se a democracia participativa num constitucionalismo dos deveres, tendo como premissa orientadora a dignidade da pessoa humana. Para o eminente constitucionalista JORGE REIS NOVAIS, "A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos".⁸⁶⁴

O papel do ensino básico é dar a cada indivíduo instrução formal para desempenhar suas capacidades naturais, independentemente de restrição de ordem social, econômica ou de nascimento⁸⁶⁵. É necessário, pois, a organização de um sistema educacional que permita o indivíduo a percorrer do jardim de infância ao ensino secundário, garantindo-lhe a indispensável formação econômica e social que o habilite a cooperar e participar na civilização do País.

⁸⁶³ JACQUES DELORS, *Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI*, UNESCO, 2010, pp. 7-8, aponta que "mas, como aprender a conviver nesta aldeia global, se somos incapazes de viver em paz nas comunidades naturais a que pertencemos: nação, região, cidade, aldeia, vizinhança? A questão central da democracia é saber se desejamos e somos capazes de participar da vida em comunidade; convém não esquecer que esse desejo depende do sentido da responsabilidade de cada um. Ora, apesar de ter conquistado novos espaços, dominados anteriormente pelo totalitarismo e pela arbitrariedade, a democracia tem tendência a debilitar-se com o decorrer dos anos; como se tudo tivesse, incessantemente, de recomeçar, renovar-se e ser reinventado".

⁸⁶⁴ CF. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2014, p. 53.

⁸⁶⁵ Sobre a essencialidade do direito à educação pública a partir dos ideais republicanos, cf. CHARLES LESLIE GLENN JR., pp. 88 à 96, *The Myth of Common School*, Massachusetts, 1988.

A escola⁸⁶⁶ é, por excelência, a instituição que assegura os princípios de uma sociedade democrática, pois seria através das instituições escolares que a igualdade seria alcançada⁸⁶⁷, por isso que faz-se indispensável que seja objeto de estudo no ensino básico a temática dos instrumentos de democracia participativa, nomeadamente, aqueles previstos nas Constituições dos Estados democráticos.

A crise moderna de democracia não é uma crise de excesso de democracia, mas de falta de democracia. A crise do individualismo não é uma crise de excesso de individualismo, mas de falta de verdadeiro individualismo. Tudo o que a democracia prometera falhou, porque as instituições com que o buscamos realizar não eram aptas a consegui-lo. A reconstrução social moderna visa reivindicar os aspectos democráticos e individuais que se impõem para uma sociedade justa e equilibrada. Ora, a escola é o grande aparelho sem o qual a sociedade não se corrigirá desses grandes males. Torna-se necessário que ela funcione, tendo em vista o reajustamento futuro, preparando e prevendo, conscientemente, a ordem social de amanhã nos termos das exigências e intimações do presente⁸⁶⁸.

⁸⁶⁶ No Congresso Nacional Brasileiro, está em discussão o projeto de lei nº 6.954/2013, que visa alterar a redação dos artigos 32 e 36 da LDB, para inserir, obrigatoriamente, a *disciplina Constitucional* nos currículos dos ensinos fundamental e médio. Primeiramente, impende ressaltar que a discussão não gira em torno da disciplina Direito Constitucional, pois não caberia a introdução de disciplina jurídica no ensino básico. Em segundo lugar, esse projeto de lei demonstra mais uma vez que a cultura jurídica brasileira é da reafirmação, pois a LDB já estabelece no seu art. 27, I da LDB, que: “Art.27. Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes: I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática”. Nesse mesmo sentido, ao tratar sobre o ensino fundamental, já aponta que no art. 32, II: “Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade. E o ensino médio, no art. 35, II: “Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades; II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; e o art. 36, I: “Art. 36. O currículo do ensino médio observará o disposto na Seção I deste Capítulo e as seguintes diretrizes: I - destacará a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania.

⁸⁶⁷ Cf. JOH DEWEY, *Democracia e Educação*, Lisboa, 2007, p. 11.

⁸⁶⁸ ANÍSIO TEIXEIRA, *Educação para a democracia: introdução à administração educacional*, Rio de Janeiro, 2007, p. 221, aclamava que “só pela escola se pode fazer uma democracia. A escola é a casa do povo, não no sentido vago de simples retórica, mas no sentido realíssimo de reguladora social, destinada a oferecer a todas as crianças, e a cada criança, as oportunidades de conforto, de direção, de estudo, de sociabilidade e de preparo para a vida, que oferecem à criança afortunada a casa e os recursos dos pais. Se a idéia democrática tem qualquer valor, havemos de perceber que o seu sentido profundo e generoso consiste em proporcionar a todos os homens que nascem no solo livre do Brasil iguais oportunidades de triunfo e de êxito na vida”.

Sucede que, dentre todos os direitos fundamentais, o legislador constituinte brasileiro só atribuiu expressamente a condição de direito público subjetivo⁸⁶⁹ ao direito-dever de acesso ao ensino obrigatório regular (artigo 208, § 2º)⁸⁷⁰, reafirmando, portanto, a sua condição de ser o direito social mais protegido de todos os direitos prestacionais⁸⁷¹.

Inicialmente, faz-se oportuno ressaltar a dicotomia entre o direito objetivo e o direito subjetivo⁸⁷², revelando que o primeiro traduz-se na *norma agendi*, dissociada de circunstâncias afeitas à realidade fenomênica e que, com maior ou menor grau de abstração, disciplina determinada situação jurídica; enquanto o segundo traduz-se na *facultas agendi*, que confere ao seu titular, de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma e de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico. Tanto o direito objetivo como o subjetivo possuem um epicentro comum: a pessoa, natural ou jurídica, que é a titular em potencial das relações jurídicas que se desenvolvem no organismo social. Enquanto o direito objetivo ocupa uma vertente externa à pessoa, mas a ela direcionada, o direito subjetivo se realiza na própria pessoa, sendo ambos absorvidos pela noção mais ampla de direito, que busca assegurar o primado da ordem jurídica e a existência digna de todos⁸⁷³. Em sentido amplo, o

⁸⁶⁹ Como bem alerta ANA CRISTINA COSTA MEIRELES, *A eficácia dos direitos sociais: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*, Salvador, 2007, p. 184, atualmente não resta dúvida que a dicotomia entre direito público subjetivo e direito subjetivo público perdeu a funcionalidade histórica, que foi a de “demarcar terreno onde o indivíduo tivesse área de liberdade na qual o Estado não pudesse penetrar”. Para a juspublicista, “o termo direito subjetivo público se presta a designar os direitos outorgados pela Constituição e oponíveis a qualquer órgão estatal; já o direito público subjetivo, é o direito outorgado pelo ordenamento jurídico ao Estado nas suas relações de ordem pública”.

⁸⁷⁰ O Art. 208, § 2º da CF/88 atesta que: “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

⁸⁷¹ Numa interpretação teleológico-sistemática, a condição de direito público subjetivo deve ser também assegurada ao ensino básico como um todo e também ao ensino superior, embora o legislador constituinte só tenha realçado essa qualidade ao ensino fundamental, ou do contrário, não se garantiria a proteção indivisível da educação, em prejuízo da própria efetivação do ensino fundamental, v. g, professores que se formaram em instituições de nível superior de qualidade são atores indispensáveis para assegurar o direito à educação da população e contribuir para o melhoramento das políticas educacionais.

⁸⁷² Para MARCELLO CAETANO, direito subjetivo é o poder jurídico conferido a uma pessoa para que esta prossiga um seu interesse certo e determinado, quando e como entenda conveniente; poder funcional é o poder jurídico conferido ao órgão, agente ou representante de certa pessoa, ou ao membro de uma comunidade, para ser exercido no desempenho do dever de prosseguir os interesses dessa pessoa ou comunidade (*Tratado Elementar de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1944, 1969). Para JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 22, “no direito subjectivo, o interesse é procurado por actividade própria, porque o seu titular coincide com o titular do poder; no poder funcional, ele é alcançado por actividade alheia, porque o Direito atribui a alguém diferente do seu titular, o poder conducente à realização”. Do mesmo autor, cf. *Introdução ao direito da educação*, p. 6., no qual direito subjetivo não se concebe desligado de uma função e visando um fim previsto ou declarado lícito pelo sistema de Direito.

⁸⁷³ Cf. EMERSON GARCIA, *O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade*, *op. cit.*, p. 179.

conteúdo do direito subjetivo inclui tanto a faculdade que o titular do direito dispõe contra outros quanto seu poder para fazer valer essa faculdade, mediante a instauração de processos, e o poder de alienar o direito⁸⁷⁴.

Sucedem que a afirmação dos direitos públicos subjetivos se dividiu em quatro fases, a partir da clássica lição de GEORG JELLINEK⁸⁷⁵ sobre a matéria:

a) o *status subjectionis*, que determina a situação puramente passiva dos destinatários da norma emanada pelo poder político;

b) o *status libertatis*, que comporta o reconhecimento de uma esfera de liberdade individual negativa dos cidadãos, ou seja, a garantia da não intromissão estatal em determinadas matérias;

c) o *status civitatis*, em que os cidadãos podem exercer pretensões frente ao Estado, o que equivale a poder reclamar um comportamento positivo dos poderes públicos para a defesa de seus direitos civis;

d) o *status activae civitatis*, situação ativa em que o cidadão goza de direitos políticos, ou seja, participa da formação e da vontade do Estado como membro da comunidade política. Sucede que, na medida em que foi adquirida plena consciência do desfrute real dos direitos e liberdades por todos os membros da sociedade exigiu-se garantir cotas de bem estar econômico que permitiram a participação ativa na vida comunitária, chegando ao alcance de um novo Estado, denominado de *status positivus socialis*⁸⁷⁶.

Como lembrou HABERMAS, PETER HABËRLE “ampliou o sentido democrático-procedimental da participação no processo, estendendo-o aos direitos a prestações sociais em geral. Ele aposta suas fichas na configuração de um *status activus processualis*. Esta proposta, destinada corrigir a teoria de Jellinek relativa ao *status jurídico*, chama a atenção para o nexo interno entre autonomia privada e pública, porém

⁸⁷⁴ Cf. ALF ROSS, *Direito e Justiça*, São Paulo, 2003, p. 218.

⁸⁷⁵ Cf. GEORG JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milão, 1912, pp. 96 e ss.

⁸⁷⁶ Cf. PEREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 30 e ss.

sobrecarrega o direito processual, transformando-o no substituto de uma teoria da democracia”⁸⁷⁷.

Logo, o direito-dever de acesso ao ensino básico obrigatório seria direito público subjetivo que consagra a fase do *status civitatis* de JELLINEK, na medida em que é instrumento indispensável para que os cidadãos possam exercer suas pretensões frente ao Estado, o que equivale a poder reclamar um comportamento positivo dos poderes públicos para a defesa de seus direitos civis.

Sem embargo, a noção do acesso ao ensino básico como direito público subjetivo decorre também da possibilidade do titular do direito se encontrar em condições de demandar judicialmente a prestação junto ao Estado em decorrência de um eventual descumprimento⁸⁷⁸.

Sucede, pois, que é direito público subjetivo⁸⁷⁹, pois é exigível judicialmente e justificável pelas consequências que derivam de sua violação, protegendo o indivíduo contra o próprio Estado. Nem todo direito público subjetivo é direito fundamental (v. g., direito de titularidade de cargo público), assim como nem todo direito fundamental é direito público subjetivo (v.g., o direito à intimidade, oponível tanto ao Estado como aos demais indivíduos). Entretanto, o acesso ao ensino básico obrigatório consubstancia-se num direito-dever do cidadão em exigir do Estado o cumprimento de prestações positivas e negativas necessárias ao seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa⁸⁸⁰, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sob pena do

⁸⁷⁷ CF. HABERMAS, *op. cit.*

⁸⁷⁸ VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, *op. cit.*, p. 37, defendem que: “Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar plenamente un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si – al menos en alguna medida – el titular/acreedor está en condiciones de producir, mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponha el cumplimiento de la obligación generada por su derecho”.

⁸⁷⁹ Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, 2006, p. 55, a expressão direito público subjetivo constitui um conceito técnico-jurídico inadequado e limitado, criado para atender o funcionamento do Estado Liberal. JORGE MIRANDA, *op. cit.*, 219, considera que é o caso concreto que revelará o entendimento se o direito social será concebido como direito subjetivo e que dele deduzir-se-á se há pretensões jurídicas concretas por via interpretativa, não se podendo qualificá-lo em bloco diante a variedade das situações da vida.

⁸⁸⁰ RICARDO LOBO TORRES, *Os direitos humanos e a Tributação*, 1995, p. 151, considera que a elevação do direito à educação como subjetivo público conferiu-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução.

próprio Estado, através da sua função jurisdicional, coercivamente, ser obrigado à sua consecução⁸⁸¹.

Sucedo que a cidadania participativa responsável deve ocorrer, nomeadamente, no atendimento ao princípio da gestão democrática⁸⁸² do ensino público (artigo 206, VI da CF/88), compreendendo escolas da rede pública, rede particular e cooperativa ou em instituições de educação e ou formação, reconhecidas pelas entidades competentes, “não podendo a escola pública ser tratada como pura concessão de bens e oportunidades educacionais. A gestão democrática convoca à ‘democratização da democracia’ através da participação popular direta nas organizações, o que demanda do Estado que assegure condições institucionais para essa participação, que respeite as esferas de autonomia e deliberação democráticas e que estabeleça procedimentos específicos”⁸⁸³.

⁸⁸¹ ANDREAS KRELL, *Direitos Sociais...*, cit., 2002, p. 33, defende que “o Direito Fundamental Social à educação não é norma meramente “programática”, mas foi regulamentado através do estabelecimento expresse de um dever do Estado e da família (artigo 205) e, correspondentemente, de um direito subjetivo dos indivíduos”.

⁸⁸² ALEXANDRA LEITÃO, *op. cit.*, p. 534. Sobre o princípio da gestão democrática nas escolas públicas, ela afirma que:

“O artigo 77º da CRP atribui aos professores e aos alunos o direito de participar na gestão das escolas, nos termos da lei (nº 1) e determina a criação de formas de participação destes e dos pais, das comunidades e das instituições científicas na definição da política de ensino (nº 2). Trata-se de um corolário do princípio da democracia participativa, consagrado no artigo 2º da CRP”

Ela alega que este preceito tem duas dimensões, uma individual e uma coletiva: ao nível das escolas e ao nível das definição da política de ensino. Na gestão das escolas participam professores e alunos, enquanto na política de ensino intervêm associações ou instituições, através da audição na fase de elaboração de diplomas legais ou regulamentares.

⁸⁸³ Sobre o princípio da gestão democrática, SALOMÃO, *op. cit.*, pp. 202-203, afirma que “esse princípio constitucional tem em seu âmbito de proteção tanto o direito à participação de estudantes e demais membros da comunidade escolar e local na gestão das escolas e, em sentido geral, na gestão do sistema educacional, através de conselhos, conferências, fóruns e outros órgãos colegiados e instituições representativas autônomas; como o direito específico de professores e pais a participar na definição do projeto pedagógico das escolas, como deixam evidentes os princípios legais do art. 14 da LDB e do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No caso do direito à participação de pais e estudantes, previsto no ECA, esse direito extrapola o âmbito de proteção do princípio constitucional, já que é aplicável a todas as escolas, públicas ou privadas...Por fim, há no princípio da gestão democrática outra dimensão que favorece a qualidade educativa, mais especificamente, o objetivo geral de formação para o exercício da cidadania. Isso porque a gestão democrática também pode ser entendida como uma dimensão processual da qualidade educativa, a partir da qual, para além do ensino de conteúdos sobre direitos humanos e cidadania, estes temas são valorizados em sua dimensão prática e pedagógica na própria gestão escolar”.

VI.2.2.2. Princípio da deverosidade diferenciada

Os destinatários dos deveres fundamentais assumem graus de *deverosidade diferenciada*. Entretanto há um mínimo de eficácia que deve ser respeitado, independentemente de excludentes de responsabilidade que venham a ser justificadas pelo sujeito obrigado à sua proteção, sendo necessário *a proteção do mínimo existencial dos deveres fundamentais*.

Com efeito, esse nível *mínimo de deverosidade* decorre do padrão mínimo de eficácia de toda e qualquer norma constitucional indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana a partir do grau de vinculação pessoal do destinatário dos deveres fundamentais⁸⁸⁴, que seriam modulados a partir dos parâmetros dos princípios da proporcionalidade⁸⁸⁵.

Sem embargo, mesmo que o destinatário dos deveres fundamentais venha a suscitar excludentes de responsabilidade para se desvencilhar de suas obrigações⁸⁸⁶, há um núcleo mínimo de proteção dos deveres fundamentais que não poderá ser desmerecido⁸⁸⁷, na medida em que poderá haver prejuízo irreparável ao direito fundamental associado⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., 2000, p. 177, esclarece que “pode variar o grau de obrigatoriedade que se queira ligar à existência ou não de sanções e ao tipo de sanções aplicáveis – sabido como as normas constitucionais são decerto, aquelas em que se deparam mais normas *minus quam perfectae* e *imperfectae*; e o legislador ordinário pode cominar ou não as sanções correspondentes, desde que não contenda com o conteúdo essencial de quaisquer direitos fundamentais”.

⁸⁸⁵ Para CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação...*, cit., p. 185, “o nível mínimo de deverosidade ambiental, de simples abstenção de causar dano, decorre imediatamente do princípio da solidariedade, ou seja, do facto de cada um usar uma parcela indivisa de um bem colectivo e de ter, por isso, o dever de o fazer de forma racional”.

⁸⁸⁶ Para CARLA AMADO GOMES, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra, 2007, p. 141, “a existência de deveres corresponde ao preço a pagar pelas vantagens da vivência comunitária, é uma contrapartida de responsabilidades em face aos benefícios resultantes da organização das liberdades individuais no seio da comunidade”.

⁸⁸⁷ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, p. 297, assevera como exemplo a “exigência de realização de um *standard* mínimo de assistência e protecção às crianças requerido pelo respeito da sua dignidade como pessoas humanas, de modo a evitar que a falta de tais cuidados as transforme em meros objectos das relações familiares”.

⁸⁸⁸ CASALTA NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra, 2007, defende que para salvar o Estado social deve-se observar a presença de duas idéias: a estadualidade social e a estadualidade de direito. Vale dizer, deve-se buscar o equilíbrio entre igualdade social e liberdade, de modo que “este dois valores, que mutuamente se condicionam e em

Daí que quanto maior o grau de instrução do cidadão, maiores serão as expectativas criadas no cumprimento dos seus deveres, seja junto à Administração Pública, seja na horizontalidade com os demais particulares, criando graus diversos de deverosidade⁸⁸⁹.

Com efeito, Brasil e Portugal admitiram o alargamento do ensino obrigatório dos seus cidadãos, em decorrência da necessidade da maior sofisticação de cidadania perante o redimensionamento das soberanias na atualidade. Exige-se muitas novas habilidades atualmente do cidadão.

VI.2.2.3. Princípio da recompensa

Quanto maior for o respeito aos deveres fundamentais, maior será a possibilidade de efetividade dos direitos, resultando numa *recompensa*⁸⁹⁰. Em outras palavras, a efetividade dos direitos fundamentais dar-se-á pelo cumprimento das responsabilidades assumidas pelos destinatários dos deveres fundamentais.

Como estimular o destinatário de um dever a cumprir a sua responsabilidade? Como é que o cidadão pode se sentir estimulado a cumprir com suas responsabilidades o que levaria ao respeito dos direitos fundamentais?

Através de um sistema de recompensa.

Quem cumprir com seus deveres deveria ter assegurado seus direitos.

parte se excluem, a todos assegurem um mínimo de liberdade real ou, o que é o mesmo, um mínimo de condições à partida”.

⁸⁸⁹ O artigo 34 do Estatuto da Advocacia, estabelece que o advogado que reincidir em erros reiterados poderá ser suspenso.

XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;

§ 3º Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação.

⁸⁹⁰ A Teoria da Compensação é densificada pelo princípio kantiano da recompensa. KANT, *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*, Lisboa, 2004, p. 26, esclarece que o cumprimento dos deveres implica uma *recompensa ética*, na medida em que “um prazer moral que vai além da mera satisfação consigo mesmo (que só pode ser negativa) e a cujo respeito se diz elogiosamente que a virtude é, nesta consciência, a sua própria recompensa”.

Se vivemos numa sociedade onde não há estímulo ao cumprimento das responsabilidades, não haverá respeito aos direitos fundamentais – o ser humano precisa ser motivado a cumprir suas responsabilidades mediante um sistema de compensação.

O conceito de ensino básico obrigatório como direito-dever, tendencialmente, social está muito atrelado ao de deveres fundamentais, pois se traduz como liberação de determinadas privações para a realização da igualdade.

De fato, com o cumprimento do dever de instrução ocorrerá o estímulo do cumprimento dos deveres em caráter indissociável sem comprometer as liberdades.

Devem ser adotadas políticas que estimulem seus cidadãos a *serem auto-suficientes e não dependerem da interferência estatal para que possam viver*; b) melhorar a auto-estima do seu cidadão através de um processo educacional; c) exigir do cidadão que busque dos seus próprios pares o cumprimento dos deveres em respeito aos direitos fundamentais; d) estimular o cidadão ao cumprimento de suas responsabilidades.

Deve-se buscar o estímulo coletivo ao cumprimento das responsabilidades através de políticas compensatórias. Não é sem razão que os maiores avanços sociais e econômicos verificados estiveram associados ao cumprimento dos deveres inerentes à boa formação⁸⁹¹.

Sucedem, pois, que, utilizar-se-ão das ideias de justiça e educação de dois filósofos contemporâneos para demonstrar o liame entre o dever de instrução, a

⁸⁹¹Crf. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, 2000, p. 59, para quem “o exemplo pioneiro de intensificação do crescimento econômico por meio da oportunidade social, especialmente na área de educação básica, é obviamente o Japão. Às vezes se esquece que o Japão apresentava taxas de alfabetização mais elevadas do que a Europa mesmo na época da restauração Meiji em meados do século XIX, quando a industrialização ainda não ocorrera no país, mas já se instalara na Europa décadas antes. O desenvolvimento econômico do Japão foi claramente muito favorecido pelo desenvolvimento dos recursos humanos relacionado com as oportunidades sociais que foram geradas. O chamado milagre do Leste Asiático, envolvendo outros países dessa região, baseou-se, em grande medida, em relações causais semelhantes. Esta abordagem contrária – e na verdade abala – a crença tão dominante em muitos círculos políticos de que o ‘desenvolvimento humano’ (como frequentemente é chamado o processo de expansão da educação, dos serviços de saúde e de outras condições da vida humana) é realmente um tipo de luxo que apenas os países mais ricos podem se dar. Talvez o impacto mais importante do tipo de êxito alcançado pelas economias do Leste Asiático, a começar do Japão, seja ter solapado totalmente esse preconceito tácito. Essas economias buscaram comparativamente mais cedo a expansão em massa da educação e, mais tarde, também dos serviços de saúde, e o fizeram, em muitos casos, *antes* de romper os grilhões da pobreza generalizada”.

construção da democracia o sistema de recompensa, quais sejam JOHN RAWLS e AMARTYA SEN.

VI.2.2.4. JOHN RAWLS

Deve-se buscar o estímulo coletivo ao cumprimento das responsabilidades através de políticas compensatórias. Não é sem razão que os maiores avanços sociais e econômicos verificados estiveram associados ao cumprimento dos deveres inerentes à boa formação⁸⁹².

Sucedem, pois, que, utilizar-se-ão das ideias de justiça e educação de dois filósofos contemporâneos para demonstrar o liame entre o dever de instrução, a construção da democracia o sistema de recompensa, quais sejam JOHN RAWLS e AMARTYA SEN.

Nesse sentido, JOHN RAWLS, em *Uma Teoria da Justiça* defende que o fundamento do regime constitucional é o reconhecimento de que os cidadãos são responsáveis de sua própria interpretação e princípios da justiça e as condutas que adotam para efetivá-los.

Para RAWLS, não se pode impor um dever de fazer aquilo que não pode ser feito, pois “as leis e os comandos são aceites como tal apenas se em geral se acreditar que podem ser obedecidos e executados”⁸⁹³.

⁸⁹²Cf. AMARTYA SEN, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo, 2000, p. 59, para quem “o exemplo pioneiro de intensificação do crescimento econômico por meio da oportunidade social, especialmente na área de educação básica, é obviamente o Japão. Às vezes se esquece que o Japão apresentava taxas de alfabetização mais elevadas do que a Europa mesmo na época da restauração Meiji em meados do século XIX, quando a industrialização ainda não ocorrera no país, mas já se instalara na Europa décadas antes. O desenvolvimento econômico do Japão foi claramente muito favorecido pelo desenvolvimento dos recursos humanos relacionado com as oportunidades sociais que foram geradas. O chamado milagre do Leste Asiático, envolvendo outros países dessa região, baseou-se, em grande medida, em relações causais semelhantes. Esta abordagem contrária – e na verdade abala – a crença tão dominante em muitos círculos políticos de que o ‘desenvolvimento humano’ (como frequentemente é chamado o processo de expansão da educação, dos serviços de saúde e de outras condições da vida humana) é realmente um tipo de luxo que apenas os países mais ricos podem se dar. Talvez o impacto mais importante do tipo de êxito alcançado pelas economias do Leste Asiático, a começar do Japão, seja ter solapado totalmente esse preconceito tácito. Essas economias buscaram comparativamente mais cedo a expansão em massa da educação e, mais tarde, também dos serviços de saúde, e o fizeram, em muitos casos, antes de romper os grilhões da pobreza generalizada”.

⁸⁹³ Cf. JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa, 2001, p. 193.

Com efeito, está na base da teoria da justiça como equidade a distribuição equitativa de direitos e deveres inserida num sistema de cooperação social para maior satisfação mútua. Entre os encargos a serem assumidos pelos indivíduos, encontra-se o dever do indivíduo de se educar e instruir. De outro lado, entre os direitos a serem distribuídos, encontra-se a educação, enquanto dever a ser cumprido pelo Estado e pela sociedade, satisfazendo o princípio da distribuição equitativa de oportunidades. Destaque ainda para o **dever de educar de uma geração para com as demais**.

A caracterização da justiça como “equidade” refere-se exatamente à situação inicial de acordo em que os participantes estão envolvidos por um “véu de ignorância”, no sentido que nenhum deles conhece a sua posição inicial na sociedade, traduzindo-se, portanto, num acordo equitativo, na medida em que não há a hipótese de decisões que beneficie a condição pessoal de cada indivíduo. Ao partir da ideia de que a sociedade é uma associação de pessoas numa tentativa de cooperação que visa obter vantagens mútuas, RAWLS admite que a justiça social fornece critérios para a atribuição de deveres e direitos, isto é, a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social.

Assim, os benefícios devem ser distribuídos de forma equitativa, situando-se a obrigação (do Estado e da sociedade) de garantir a educação uma forma de distribuição dos direitos inerentes à sociedade de cooperação mútua.

Na relação que observa entre o seu *princípio da diferença* e *princípio da compensação*, RAWLS observa que a sua concepção de justiça conduz à aplicação de recursos na educação de modo a melhorar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos. Acrescenta ainda que “o valor da educação não deve ser visto apenas em termos de eficiência econômica ou de bem-estar social. Importância idêntica, se não maior, tem o papel da educação ao permitir às pessoas gozarem da cultura da sociedade e participarem nas respectivas actividades e, desta forma, permitir a cada indivíduo ter a noção do seu próprio valor”.

Na sua ideia de bens primários (sobretudo com base no respeito próprio como bem primário), RAWLS afirma que os “recursos para a educação não são concedidos apenas ou necessariamente de acordo com os seus resultados em termos de melhoria nas capacidades produtivas, mas também de acordo com o seu valor no

enriquecimento da vida social e pessoal dos cidadãos, incluindo os menos favorecidos”⁸⁹⁴.

Ora, se a educação é um bem essencial para o desenvolvimento da sociedade (aqui considerada como sistema de cooperação social), instrumento necessário à maximização dos benefícios em sociedade, o dever de educar deve ser repartido pelos indivíduos.

Ou seja, não é condizente com o princípio da equidade a repartição desigual de obrigações, e, dentre elas, a divisão desequilibrada do dever de instrução.

Muito embora Rawls tenha se detido no âmbito das obrigações políticas e morais (a exemplo do dever de apoiar instituições justas, considerada essencial pelo autor), faz-se necessário concluir também que a educação é um encargo existente na sociedade de cooperação social que deve ser distribuída de forma equitativa entre os indivíduos.

Assim, enquanto nas considerações a respeito dos bens primários e do capital humano atinente à sociedade justa assume o caráter de obrigação imposta ao Estado (ou, se quisermos, à sociedade), aqui, a respeito da repartição de deveres, trata-se de uma obrigação imposta ao indivíduo.

Ademais, seguindo os ensinamentos de RAWLS, o dever de investir em educação não é apenas uma obrigação que vincule o Estado e a sociedade aos destinatários atuais do respectivo direito à educação, mas também às gerações futuras que devem receber os benefícios das conquistas das gerações atuais e passadas. A repartição de obrigações que se estabelece entre os indivíduos no âmbito da cooperação social também se aplica às distintas gerações entre si. Se a geração atual se beneficia dos encargos assumidos pelas gerações passadas, também deve assumir os deveres que permitem a continuidade da cooperação social e da distribuição de benefícios. Nas palavras de RAWLS, “os membros das diferentes gerações têm deveres e obrigações uns para com os outros, tal como os contemporâneos face aos seus. A geração atual não pode fazer o que bem deseja, estando limitada aos princípios que seriam escolhidos na posição original para definir a justiça entre pessoas que vivam em diferentes épocas”⁸⁹⁵.

Portanto, no tratamento da questão da justiça entre gerações, faz necessário identificar e individualizar um dever de educar e instruir desta geração para com as demais.

⁸⁹⁴ Cf. JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa, 2001, p. 100.

⁸⁹⁵ Cf. JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa, 2001, p. 233.

VI.2.2.5. AMARTYA SEN

Defende AMARTYA SEN que o dever de instrução do próprio indivíduo se associa com a sua necessidade de adequar-se às responsabilidades que assume enquanto parte da sociedade.

Toda a teoria de SEN passa pelo reconhecimento de uma responsabilidade em relação aos outros, ao meio social, e as escolhas que os indivíduos devem fazer em termos de benefícios que serão adquiridos. SEN reconhece que o indivíduo pode medir as suas atitudes tendo em conta apenas os benefícios que advirão para si próprio, mas adverte que a inteligência, na linha de uma teoria dos jogos, nos fará perceber também o fato de que a vida das outras pessoas podem ser fortemente afetadas pelas nossas ações.

AMARTYA SEN⁸⁹⁶, por sua vez, abandona a perspectiva utilitarista em termos próprios, em que a responsabilidade de cada um está ligada à felicidade alcançada de maneira individualista, para adotar a direção em que se valoriza as realizações sociais de cada um, devedora da ideia das capacidades de que cada um é dotado. Portanto, nesse ponto, podemos concluir que o indivíduo, muito embora seja dotado de liberdade – e exatamente por isso – é responsável pelas opções que adota, e dentre elas a responsabilidade de se educar (o dever de educar a si mesmo) e assim poder cumprir com as responsabilidades e realizações sociais⁸⁹⁷.

SEN se refere categoricamente “àquilo que devemos uns aos outros” como uma boa opção para se pensar e refletir ao uso da inteligência para se chegar à escolha que signifique a realização da justiça para uma dada situação (ou, como gosta de dizer em algumas partes, a escolha que represente um afastamento da injustiça mais evidente)⁸⁹⁸.

Há, portanto – e esta é uma conclusão que pode ser alcançada em termos de um Constitucionalismo dos deveres, na busca de uma teoria dos deveres fundamentais e

⁸⁹⁶ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, Coimbra, 2009.

⁸⁹⁷ DARON ACEMOGLU E JAMES A. ROBINSON, *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*, Rio de Janeiro, 2012, p. 3, afirmam que “países como o Reino Unido e os Estados Unidos enriqueceram porque seus cidadãos derrubaram as elites que controlavam o poder e criaram uma sociedade em que os direitos políticos eram distribuídos de maneira muito mais ampla, na qual o governo era responsável e tinha de responder aos cidadãos e onde a grande massa da população tinha condições de tirar vantagem das oportunidades econômicas”.

⁸⁹⁸ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Almedina: Coimbra, 2009, p. 73.

do próprio dever de instrução do indivíduo –, uma obrigação do indivíduo de tomar decisões que sejam benéficas para todo o grupo.

O objetivo de assegurar a justiça, ou de pelo menos afastar as situações de completa injustiça, depende do cumprimento dos deveres do indivíduo para com os demais, desde a tomada de escolhas condignas com o bem-estar de todos até o dever de se educar e instruir para que, assim, a inteligência possa levar o indivíduo a fazer as escolhas adequadas para o grupo.

O uso público da razão é indispensável para Sen e a teoria que busca construir, pois através dele se chega às escolhas que fazem da justiça uma realidade. Em cada caso, a justiça social será fundamentalmente construída por escolhas em que se deverá fazer o bom uso da razão e da objetividade. E, inevitavelmente, o indivíduo deverá cumprir o seu dever de instrução para que, num contexto democrático, seja capaz de fazer as escolhas sociais que melhor trarão melhores resultados ao grupo e a si mesmo.

Como se observa, o papel da liberdade é muito evidente na teoria de SEN, sobretudo na possibilidade de escolha dos respectivos indivíduos. Contudo, o autor alerta que a garantia dessas liberdades passa pelo cumprimento de deveres pelos demais indivíduos, juntamente com a pergunta do que poderia fazer para ajudar mutuamente na defesa e promoção das respectivas liberdades.

Capítulo VII – Conclusões

À guisa de conclusões, pode-se inferir que:

1. O *Estado de Deveres Fundamentais* é o Estado que visa o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais assegurar os direitos fundamentais, uma vez que ao mesmo tempo os direitos pressupõem deveres, é correto afirmar que os deveres escondem direitos;

2. As palavras educação e ensino, embora utilizadas de forma aleatória pelo legislador constituinte e ordinário, não podem ser consideradas sinônimas, uma vez que a palavra educação se refere a todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho, enquanto ensino tem sua definição estabelecida pela Convenção contra a Discriminação na Escola de 1960, art. 1º, n. 2º, tendo sido consagrado o conceito no artigo 1º da LDB;

3. Os deveres fundamentais são deveres jurídicos que traduzem as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, reconhecidas e efetivadas em legislação que nasce do poder soberano;

4. A teoria dimensional dos direitos fundamentais permite identificar a existência de deveres fundamentais que foram sendo reconhecidos ao longo da história, a partir de cada dimensão dos direitos fundamentais;

5. A concepção do ensino como dever fundamental é atemporal, transversal, que corresponde à mutação do dever de escolaridade obrigatória no tempo, que é dever eminentemente de 2ª dimensão, mas também corresponde a um dever de primeira, terceira e quarta dimensões, ao mesmo tempo;

6. O *Estado Constitucional da Democracia participativa responsável* exige nova postura do homem que migrou do *status* de súdito para cidadão, observando seus deveres de cidadania;

7. O ensino obrigatório foi determinante para a organização do Estado Moderno, que desde o Estado de Direito, passando pelo Estado Liberal, Estado Social, Estado Constitucional Democrático, sendo elemento decisivo na configuração do Estado, assim como é indispensável ao fortalecimento dos Estados Constitucionais, dos entes supranacionais e o fluxo de constitucionalismo entre os diversos sistemas;

8. É inequívoca a intrínseca relação entre o exercício do poder constituinte num Estado democrático e o ensino obrigatório, na medida em que a construção de uma nova ordem constitucional ultrapassa a participação dos cidadãos na elaboração de uma nova constituição;

9. O Constitucionalismo nasce com as Constituições que declaram direitos e deveres fundamentais no século XVIII e sua manutenção passa pelo redimensionamento do princípio da sujeição das normas constitucionais que exige o cumprimento do dever de instrução pelo cidadão;

10. A história das ideias políticas, inevitavelmente, gravitaram sobre a relação entre educação e os deveres fundamentais, discutindo a imprescindibilidade do ensino obrigatório para a organização do Estado;

11. Os deveres fundamentais começam a ser afirmados a partir do nascimento do Estado de Direito, quando obrigações assumidas pelos particulares começam a ser reconhecidas em Declarações de Deveres, em face ao princípio da sujeição dos cidadãos às leis;

11. Após a Segunda Guerra, as Constituições afastaram os deveres fundamentais dos seus textos em face aos períodos de desrespeito dos direitos fundamentais dos governos totalitários, não havendo sistematização quanto ao conteúdo da temática;

12. A Revolução Copernicana do Direito Público implicou a mudança de interpretação do ordenamento, afastando o legicentrismo em favor da sujeição da interpretação a partir da Constituição;

13. Em que pese a doutrina majoritária entender pela existência de uma lista fechada de deveres fundamentais na Constituição, entende-se que não exista disposição constitucional que estabeleça *numerus clausulus* em relação aos mesmos, na medida em

que eles não se esgotam na Constituição formal, admitindo-se deveres fundamentais extraconstitucionais que sejam indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais.

14. Pode-se admitir que os direitos-deveres estariam submetidos ao regime especial de proteção aos direitos, liberdades e garantias e os deveres autônomos ao regime geral de proteção aos deveres fundamentais, em que pese a Constituição Portuguesa não ter estabelecido regime para os mesmos;

15. A introdução da escolaridade obrigatória inicialmente assegurou o fortalecimento do Estado Moderno, como elemento de Organização do Estado;

16. No Estado Constitucional contemporâneo, a escolaridade obrigatória não visa apenas inibir os efeitos do analfabetismo total ou funcional, mas fortalecer os princípios constitucionais que regem o Estado Democrático – cidadania participativa. O Estado Constitucional precisa de um cidadão cada vez mais preparado para atender às expectativas da coletividade;

17. A escolaridade obrigatória encontra-se em inúmeros tratados internacionais, desde a promulgação da Declaração dos Direitos Humanos em 1948, assim como o princípio da precedência da escolha da educação do menor;

18. *O princípio da sujeição dos cidadãos à ordem constitucional* exige, por exceção, a cláusula de abertura de deveres fundamentais, para se evitar sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais, na medida em que a cada novo direito surgem novos deveres fundamentais;

19. A proteção do ensino básico obrigatório de qualidade tem como efeito inibir os privilégios hereditários de uma sociedade marcada pela estratificação educacional, na medida em que o acesso à educação pode promover o pleno desenvolvimento das múltiplas potencialidades de cada pessoa, implicando irremediável processo de mobilidade social;

20. A escolaridade obrigatória nos ordenamentos brasileiro e lusitano é mais alargada do que nos tratados e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, podendo ser invocada ou a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves ou da interconstitucionalidade de Paulo Rangel, para que a norma mais benéfica seja adotada

em face ao estudante, existindo *um diálogo constitucional entre os ordenamentos para a melhor proteção dos direitos fundamentais através dos deveres fundamentais*;

21. A densificação normativo-constitucional do dever de instrução básica de qualidade tem de operar com um conceito aberto, cuja matéria é de reserva constitucional que será definida pelos órgãos legitimados pela sociedade, cuja atividade é observar os princípios constitucionais, sob pena de caber o controle jurisdicional em relação aos mesmos;

22. O ensino obrigatório de qualidade não é um modelo educacional estatal, mas deve ser protegido pelo Estado. Ela visa potencializar as habilidades do próprio indivíduo em respeito às suas liberdades;

23. O ensino obrigatório de qualidade corresponde a um direito-dever, pois consiste numa fase de ensino indispensável à igualdade de oportunidades que deve ser garantida pelo Estado e num dever do cidadão em usufruir do serviço para que os seus próprios direitos, liberdades e garantias venham a ser plenamente exercidos;

24. Uma vez que os deveres fundamentais são indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais, pode-se admitir que a interpretação da limitação material ao exercício do poder reformador deve ser ampliada, no sentido de proteger também o seu conteúdo, assim como entender possível a existência de um mínimo existencial de deverosidade que não pode ser desconsiderada pelos seus destinatários, mesmo que venha a ser suscitadas excludentes de responsabilidade;

25. Todas as Constituições Brasileiras e Lusitanas protegeram o direito à educação, mas apenas as Constituições Portuguesa de 1911 e a Brasileira de 1934 passaram a consignar o ensino obrigatório;

26. O dever de instrução básica – o ensino básico - na Constituição Federal de 1988 se caracteriza por ser: *i)* princípio heterônomo da garantia do padrão de qualidade mínima; *ii)* dever social transversal bidirecional, pois ultrapassa dimensões e que importa deveres e obrigações entre o educando e o Estado; *iii)* direito que pode ser invocado judicialmente; *iv)* serviço essencial, gratuito, universal e obrigatório, diferentemente dos demais níveis de ensino;

27. O analfabetismo decorre não só da falta de acesso à educação, mas também da falta de acesso a sua qualidade. O analfabetismo limita a potência de força normativa da própria Constituição, pois o próprio titular de direitos os desconhece ou não exige, devidamente, o seu cumprimento. A falta de acesso ao ensino básico inibe a provocação das prestações jurisdicionais existentes para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que os cidadãos desconhecem as normas assecuratórias;

28. A emenda constitucional n. 59/2009 consignou expressamente o ensino básico obrigatório no art. 208, I da CF, tornando sem efeito a hierarquização até então existente entre as etapas de ensino, irradiando a indivisibilidade na proteção do dever fundamental do ensino infantil, fundamental e médio, ampliando também a norma penal em branco do crime de abandono intelectual, visando a melhor proteção do interesse do menor;

29. Em Portugal, a Lei n. 85/2009, de 27 de agosto, estabeleceu o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar com idades compreendidas entre os 06 (seis) e os 18 (dezoito) anos e consagrou a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 5 anos idade. Entretanto, em 03 de julho de 2015, foi publicada a Lei n. 65 que alterou a Lei n. 85/2009, para consagrar universalidade da educação pré-escolar a partir dos 04 (quatro) anos de idade.

30. Comparando os sistemas educacionais brasileiro e lusitano, o ensino básico lusitano corresponde ao ensino fundamental brasileiro e o ensino secundário ao ensino médio, ambos são universais, gratuitos e compulsórios. Entretanto, no Brasil o ensino infantil é obrigatório a partir dos quatro anos, enquanto em Portugal, o ensino é universal, mas não é obrigatório.

31. O Projeto Regional do Mediterrâneo conduzido pela OCDE, em 1959, até os dias atuais visou implementar a escolaridade obrigatória para conter a evasão escolar;

32. A partir da meso-comparação constitucional, é indiscutível a influência do constitucionalismo lusitano nas Constituições dos demais países de língua

portuguesa, nomeadamente quanto ao tratamento relativo aos deveres fundamentais, nomeadamente, em relação ao dever de instrução obrigatória;

33. A Constituição da Educação abrange dois microssistemas constitucionais, correspondendo ao Sistema Constitucional do Ensino Básico e o Sistema Constitucional do Ensino Superior, que integram o Sistema Nacional de Ensino e possuem princípios e regras constitucionais próprios, mas que são submetidos aos mesmos princípios gerais (artigo 206 da CF/88);

34. Em face à condição de direito-dever instrumental, aplica-se ao ensino obrigatório o regime especial de proteção aos direitos fundamentais;

35. A classificação mais adequada sobre a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais relativas aos deveres fundamentais é a proposta por JORGE MIRANDA no seu Curso atualizado, porque ela também se aplica aos deveres, no sentido de que pode-se admitir deveres fundamentais de aplicabilidade imediata que prescindem de legislação posterior, em face à sua relevância à proteção aos direitos fundamentais;

36. As teorias da cidadania participativa responsável, da deverosidade diferenciada e da recompensa visam redimensionar a democracia participativa, objetivando que os cidadãos reconheçam seus instrumentos de participação, a partir de um constitucionalismo dos deveres que visa a efetividade dos direitos fundamentais.

VIII – Referências Bibliográficas

A

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, JAMES A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad. Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. 4^a. Edição. Trad. Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1995.

AFONSO DA SILVA, José. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos, A. Ambrósio de Pina. 22^a Edição. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

ALEXANDRINHO, José de Melo. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Estoril: Principia, 2007.

_____. *Estudos sobre o constitucionalismo no mundo da língua portuguesa*. Volume I. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____. *Lições de Direito Constitucional*. Volume I. 2^a. Edição. Lisboa: AAFDL, 2015.

_____. *Lições de Direito Constitucional*. Volume II. Reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2016.

_____. *Democracia Representativa e Democracia Participativa na União Europeia*, 20/09/2016, disponível em: http://www.joaotiagosilveira.org/mediaRep/jts/files/Democracia_representativa.docx.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, mar. 2015. ISSN 2238-5177, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319> [26/06/2016].

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo. Vol. II*. Coimbra: Almedina, 2003.

AMARAL, Maria Lúcia. *A Forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2016.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. *Direito educacional: interpretação do direito constitucional à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

AQUINO, Santo Tomás. *De Magistro*. Trad. Van Acker. São Paulo: Odeon, 1935.

ARAI, A. Bruce. *Homeschooling and Redefinition of Citizenship*. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Educacional*. Ano 2. No. 3. Janeiro-Junho, 2011, pp. 351-366.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2006.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S. A., 1997.

_____. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARÉNILLA, Luis *et al.* *Dicionário de pedagogia*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses*. Trad. Delfim Ferreira Leão. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1986.

_____. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.

_____. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARNESSEN, Erik Saddi. *Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2010.

ARTAL, Caroline Ugarte. *Las Naciones Unidas y La Educación em Derechos Humanos*. Navarra (Espanha): Ediciones Universidad de Navarra, 2004.

ATIENZA, Manuel. *O sentido do Direito*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AYRES BRITTO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AZEVEDO, Joaquim. *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*. Lisboa: FML, 2007.

_____. *Liberdade e Política Pública de Educação: ensaio sobre um novo compromisso social pela educação*, Fundação Manuel Leão, V. N. Gaia, 2011.

B

BALZANO, Sônia Maria Nogueira. *Do direito ao ensino de qualidade ao direito de aprender com qualidade – o desafio da nova década. In LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito à Educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004, págs. 121 a 168.

BANDIERI, Luis Maria. *Derechos fundamentales? Deberes fundamentales? In LEITE, George Salomão; SARLET; Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, pp. 19 à 44.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA, Carlos César. *Responsabilidade civil do Estado e das instituições privadas nas relações de ensino*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Propostas que visam à legalização do ensino em casa no Brasil. In GARCIA, Maria. Revista de Direito Educacional. Ano 3. No. 5. Janeiro-Junho, 2012, pp. 41 à 58.*

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARENDT, Eric. *An Introduction to Constitutional Law*. Great Britain: Oxford University Press, 1998.

BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Anotada. 5a. Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> [26.12.2015].

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Maria Helena Camara. *O ensino monitorial/mútuo no Brasil*. In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. II (século XIX)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 34 a 51.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *A educação nos 50 anos da Constituição de 194*, in Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 132, p. 29-35, out.dez, 1996.

_____. *Educação e Justiça*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, Vol. 8, n° 2, pp. 17-26, abr./jun. 1996.

_____. *A educação brasileira e o direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª. Edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.

_____. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. *Direitos e deveres na República: os grandes temas da política e da cidadania*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho e la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa - Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade.* São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional.* 12ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil.* 6ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

_____. *Teoria do Estado.* São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Do Estado Liberal do Estado Social.* 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOTO, Carlota. *Iluminismo e educação em Portugal: o legado do século XVIII ao XIX.* In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. I (séculos XVI-XVIII).* Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 158 a 178.

BRACCHIA, Fabrizio. *Il sistema educativo diistruzione e formazione.* Torino: Editora Giappichelli, 2008.

BRANN, Eva T. *Education, The Supreme Court, and the Constitution.* In LICHT, Robert A. (edited by) *Is The Supreme Court the Guardian of the Constitution?* Washington D. C.: American Interprise Institute, 1993, pp. 59 a 81.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional.* Porto Alegre: Safe, 1993.

BUFFA, Ester. *O público e o privado na educação brasileira do Século XX.* In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (orgs.), *História e memórias da educação no Brasil. Vol. III (séculos XX).* Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 53-67.

BURDEAU, George. *Traité de Science Politique.* 2ª. Edição. Tomo IV, 1950.

C

CABRAL, Karina Melissa. *A exigibilidade jurídica da qualidade da educação básica no Brasil: perspectivas e desafios*. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Educacional*. Ano 1. No. 2. Julho-Dezembro, 2010, pp. 145-167.

CABRITO, Belmiro. *Financiamento do Ensino Superior: Condição Social e Despesas de Educação dos Estudantes Universitários em Portugal*. Lisboa: EDUCA, 2002.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CALERA, Nicolás López. *Nacionalismo y Derechos Humanos*. In: GARCÍA, José Antonio López e REAL, J. Alberto del (eds.), *Los Derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid: Dykinson, 2000.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de. *Lições de Direito da Família*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3ª Edição. Trad. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. MOREIRA, Vital. 4ª. Edição. *Constituição da República Portuguesa Anotada (artigos 1º a 107º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARACILLO, Melissa Cainé. *O direito à educação nas Constituições brasileira e espanhola*. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Educacional*. Ano 1. No. 2. Julho-Dezembro, 2010, pp. 234-261.

CARBONE, Carmelo. *I Doveri Pubblici Individuali nella Costituzione*. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1968.

CARDOSO, Tereza Fachada Levy. *As aulas régias no Brasil*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil*. Vol. I (séculos XVI-XVIII), Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 179 -191.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution a la Théorie Générale de l'État*. Tomo II. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1962.

CARRIÓ, Genaro R. *Sobre el concepto de deber juridico*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1965.

CARVALHO, Rómulo de. *História do Ensino em Portugal*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *O estado de necessidade econômico-financeiro e o impacto sobre os direitos fundamentais*. In *O Direito*, Ano 147º, IV, 2015, pp. 897-967.

CARMO, Hermano. *A educação para a cidadania no século XXI: trilhos de intervenção*. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

CENCI, Angelo Vitório. *Aristóteles & a educação*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

CLASTRES, Pierre. *A Sociedade contra o Estado*. Trad. Theo Santiago. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, 8. ed., São Paulo: Ática, 1997.

CHULVI, Cristina Pauner. *El deber constitucional de contribuir AL sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

CIMADON, Aristides. *Autonomia dos Estados Federados e Direito Educacional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CLUZEL-MÉTAYER, Lucie. *Le service public et l'exigence de qualité*. Paris: Dalloz, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDORCET, Nicolas de. *Cinq mémoires sur l'instruction publique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1994.

CONSTANT, Benjamim. *Escritos de política*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*. Trad. António Araújo. Lisboa: Letras Errantes, 2016.

CORDEIRO, António Menezes. *Da colisão de direitos*. In *O Direito*. Ano 137º, 2005, I. pp. 37-55.

COOLEY, Thomas. *A Treatise on the Constitutional Limitations Power of States of the American Union*. 7ª ed. Boston: Little, Brown and Co., 1903.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Contencioso Administrativo e Estado de Direito*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XXXVI, 1995.

COSTA, Denise Souza. *Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, Messias. *A educação nas constituições do Brasil: dados e direções*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; SOUZA, Léa Émile Maciel Jorge. *Direitos da Criança e do Adolescente no novo paradigma de desenvolvimento humano: uma análise à luz do Estado Democrático de Direito*. In GARCIA, Maria. Revista de Direito Educacional. Ano 2. No. 4. Julho-Dezembro, 2011, pp. 129 - 152.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *As faculdades normativas universitárias no quadro do direito fundamental à autonomia universitária: o caso das universidades públicas*. Coimbra: Almedina, 2004.

CRISAFULLI, Vezio. *Stato, popolo, governo: illusioni e delusioni costituzionali*, Milão: Giuffré, 1989.

CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e Exclusão Social*. Porto Alegre: SAcFe, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*. In CARMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de Constitucional: direitos fundamentais*. 2ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007, pp. 395-441.

CUNHA, Marcus Vinícius da. *A escola contra a família*. In LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive. *500 anos de educação no Brasil*. 5ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, pp. 447-468.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição. Tomo II. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*. Lisboa: Editorial VERBO, 2000.

_____. *Educar, defender, fazer justiça. Análise estrutural e doutrinal das funções constitucionais do Estado à luz da Constituição real*. CUNHA, Paulo Ferreira e outros. In *Educar, Defender, Julgar: para uma reforma das funções do Estado*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 235-256.

CURY, Carlos Alberto Jamil. *A educação nas constituições brasileiras*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. III (séculos XX)*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 19-29.

_____; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento*. In FERREIRA, Luiz Antonio Miguel (coordenador). *Temas de direito à educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo/Escola Superior do Ministério Público, 2010. pp. 25-52.

D

DAHL, Robert A. *Polyarchy. Participation and opposition*, New Haven: Yale University Press, 1971.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAUDET, Yves; SINGH, Kishore. *The Right to Education: An Analysis of UNESCO's Standard-setting Instruments*. Paris: UNESCO, 2001.

DE GROOF, Jan; LAUWERS, Gracienne. *No person shall be denied the right to education: the influence of the European Convention on Human Rights on the Right to Education and Rights in Education*. Netherlands: WLP, 2004.

_____. GLEEN, Charles L. *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. Volume 1. Netherlands: WLP, 2005.

_____. GLEEN, Charles L. *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. Volume 2. Netherlands: WLP, 2005.

_____. GLEEN, Charles L. *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. Volume 3. Netherlands: WLP, 2005.

_____. LAUWERS, Gracienne. *The Right to Education and Rights in Education*. Netherlands: WLP, 2006.

DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Brasília: UNESCO (representação no Brasil), 2010.

DEWEY, John. *A Escola e a Sociedade e a Criança e o Currículo*. Trad. Paulo Faria; Maria João Alvarez; Isabel Sá. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2002.

_____. *Democracia e Educação*. Trad. Susana Guimarães. Lisboa: Didáctica Editora, 2007.

DIAZ, Santiago Varela. *La Idea de deber constitucional*. In REDC, n ° 4, 1982, pp. 69-96.

DIAS, José Ramón Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação*. In LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito à Educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 273-375.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Deveres fundamentais*. In LEITE, George Salomão; SARLET; Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, pp. 325-346.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DIO, Renato Alberto Teodoro Di. *Contribuição à sistematização do Direito Educacional*. Taubaté: Editora Universitária, 1982.

DONATO, Neuza Aparecida. *Aspectos do direito constitucional à educação*. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Educacional*, Ano 1, n.º 2. Julho-Dezembro, 2010, pp. 262-301.

DÓRIA, Sampaio. *Direito Constitucional. Comentários à Constituição de 1946*. 4.º volume. São Paulo: Max Limonad, 1960.

DURKHEIM, Émile. *Educação e sociologia*. Trad. Nuno Garcia Lopes. Lisboa: Edições 70, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça para ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas*. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

E

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Garcia de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Madrid: Civitas Edic., 2001.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

F

FALZONE, Guido. *Il Dovere di Buona Amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1953.

FARIA FILHO, Luciano Mendes de. *Instrução elementar no século XIX*. In LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive. *500 anos de educação no Brasil*. 5ª. Ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, pp. 135-150.

FARO, Julio Pinheiro. *Deveres como condição para a concretização de direitos*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 79, abr./jun. 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.167-209.

_____. *Los deberes fundamentales y La Constitución brasileña*. In Revista de Derecho. n. 1, vol. XXIV, jul. 2011.

FERNANDES, Rogério. *As Cortes Constituintes da Nação Portuguesa e a Educação Pública*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. II (séculos XIX)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 19-33.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 417 a 464.

_____. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Trad. Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de direito à educação*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo/Escola Superior do Ministério Público, 2010.

FERREIRA, António Gomes. *A educação no Portugal Barroco: Séculos XVI a XVIII*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. I (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp.56-76.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *Manual do Cidadão em um Governo Representativo, ou Princípios de Direito Constitucional, Administrativo e das Gentes. Tomo I. Direito Constitucional*. Paris: Rey et Gravier – J. P. Aillaud, 1834.

_____. *Declaração dos direitos e deveres do homem e do cidadão*. Paris: Rey et Gravier, 1836.

FICHTE, Johann Gottlieb. *Fundamento do direito natural segundo os princípios da doutrina da ciência*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. *La teoria Del Derecho em tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De La Antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* Trad. Andressa Cunha Cury. São Paulo: Max Limonad, 2003.

FONSECA, Guilherme. *Os deveres previstos na Constituição da República Portuguesa (CRP)*. In: ANTUNES, Maria João (org.). *Estudos em memória do Conselheiro Artur Maurício*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 399-405.

FRACHIA, Fabrizio. *Il sistema educativo di istruzione e formazione*. Torino: Editore Giappichelli, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1978.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 45ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Trad. Jaime Araújo. Coimbra: Actual editora, 2014.

GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. Separata da Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 39, n ° 155, julho/setembro, 2002, págs. 153/173.

_____. *O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade*. In _____. (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp.149-198.

_____. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D., *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra: Almedina, 2005.

GERALDES, Olindo. *Conflito de deveres*. In *O Direito*. Ano 141º, 2009, II, pp. 411-428.

GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2006.

GLENN JR., Charles Leslie. *The Myth of the Common School*. Massachusetts: Jones Library, 1988.

GOMES, Carla Amado. *Três Estudos de Direito da Educação*. Lisboa: AAFDL, 2002.

_____. *Constituição e ambiente: errância e simbolismo*. Ano 138º, 2006, IV.

_____. *Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: Existe um direito à qualidade de ensino?* In BARBAS-HOMEM, António Pedro (organ.), António Pedro. *Temas de Direito da Educação*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 45-83.

_____. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Descentralização, autonomia e garantia da qualidade de ensino nas escolas do ensino básico e secundário portuguesas*. In *O Direito*, Ano 140, I. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 243 a 277.

_____. *Legitimidade processual popular, litispendência e caso julgado*, Ano 148°, 2016, I, pp. 33-52.

GOMES, Sergio Alves. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à educação*. São Paulo: Revista de Direito Constitucional, ano 13, n. 51, abr./jun. 2005.

GONZÁLEZ, José Alberto. *Responsabilidade Civil*. 3ª. Edição. Lisboa: Quid Juris, 2013.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*. 4ª. ed. Almedina, Lisboa, 2014.

GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. *A criança e a família: uma questão de direito (s)*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

GUINOTE, Paulo. *Educação e Liberdade de Escolha*. Lisboa: FFMS, 2014.

GUYAU, Jean-Marie. *Educação e hereditariedade: estudo sociológico*. Trad. Regina Schöpe. São Paulo: Martins Fontes: 2014.

H

HABËRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAcFe, 1997.

_____. *Teoria de La Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de La sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Trad. Viriato Sormomenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Colibri, 2003.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 3ª Edição. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. Granada: Comares, 2003.

_____. *Introduction à l'étude Du droit administrative français*. In *Revue générale d'administration*. Paris, 1902, pp. 385-402.

HERBART, Johan Friedrich. *Pedagogia Geral*. Trad. Ludwig Scheidl. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

HERKENHOFF, João Batista. *Constituinte e Educação*, Petrópolis: Vozes, 1987.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2a. ed. reelaborada. Coimbra: Almedina, 2014.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

HITLER, Adolf. *Minha luta*. Trad. Klaus Von Puschén. São Paulo: Centauro, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2008.

HOMEM, António Pedro Barbas. *Direitos e deveres fundamentais de pais, professores e alunos perante a autonomia das escolas*. In *Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação*. n.º 1 . Lisboa: AAFDL, 1999, pp. 89-129.

_____; CARVALHO, Luís Guimarães de; ATANÁSIO, João. *Legislação de Educação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *A Lei da Liberdade. Volume I: Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico. Épocas Medieval e Moderna*. Cascais: Principia, 2001.

_____. *O Espírito das Instituições: um estudo de história do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Fontes do direito da educação na União Européia*. In BARBAS-HOMEM, António Pedro (organ.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 25-40.

_____. *Autonomia universitária, avaliação das universidades e “política universitária” do Estado*, in BARBAS-HOMEM, António Pedro (organ.), *Temas de Direito da Educação*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 85-96.

_____. *História do Pensamento Político*. In Revista da Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Educação e Poder Paternal*. In Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha. Organizadores: MIRANDA, Jorge; CORDEIRO, António Menezes; FERREIRA, Eduardo Paz; NOGUEIRA, José Duarte. 3 v., Coimbra: Almedina, 2010.

HOUAISS, António, SALLES VILLAR, Mauro de. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Lisboa: Instituto António Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa, 2003.

I

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

IOSCHPE, Gustavo. *O que o Brasil quer ser quando crescer? e outros textos sobre educação e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*, 6ª. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Trad. Carlos Souza Barueri. São Paulo: Manole, 2005.

J

JAEGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti Pubblici subbietivi*, Milão, 1912.

_____. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México, 2000.

JERÓNIMO, Patrícia. *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: proposta de análise a partir do confronto dos modelos Ocidental e Islâmico*. Coimbra: Almedina, 2001.

JOAQUIM, Nelson. *Direito Educacional Brasileiro*. História, Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.

JUDT, Tony. *Um tratado sobre os nossos actuais descontentamentos*. Lisboa: Edições 70, 2010.

JUNQUEIRA, Bráulio. *Direito internacional e educação*. In GARCIA, Maria. Revista de Direito Educacional, Ano 1, n.º 1., Janeiro-Junho, 2010, pp. 58-80.

JUSTINO, David. *Difícil é Educá-los*. Fundação Francisco Manuel dos Santos: Lisboa, 2010.

_____. *Escolaridade Obrigatória: Entre a Construção Retórica e a Concretização Política*. In RODRIGUES, Maria de Lurdes (Org). *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 109-120.

K

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. *Sobre a pedagogia*. Trad. João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2012.

KAUFFMANN Arthur. *Hermenéutica y Derecho*. Trad. Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007.

KELLER, Arno Arnaldo. *A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: SAG, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLEIN, Claude. *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAG, 2002.

KUHN, Thomas. *A Revolução Copernicana*. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Carlos Marques. Lisboa: Guerra e Paz Editores, 2009.

KUHLMANN JÚNIOR, Moisés. *A educação infantil no século XIX*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. II (século XIX)*, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 68-77.

L

LEMOES, Valter. *A influência da OCDE nas políticas públicas de Educação em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2014.

LEITÃO, ALEXANDRA. *Enquadramento Jurídico-Constitucional da Política Pública de Educação*. In RODRIGUES, Maria de Lurdes (Org). *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 91-108.

_____. *Fundamentos constitucionais do ensino superior*. In RODRIGUES, Maria de Lurdes; HEITOR, Manuel; PATRÍCIO, Maria Teresa; MARTINS, Susana da Cruz; CONCEIÇÃO, Cristina Palma (Org. e Coord.). *40 anos de Políticas de Ciência e de Ensino Superior*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 521-538.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, 9ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Os deveres constitucionais: o cidadão responsável*. In BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira. *Constituição e Democracia: Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 140-187.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos*. 4ª. ed., Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Alfragide: Dom Quixote, 2010.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *Normas constitucionais não escritas*. Coimbra: Almedina, 2014.

LOBO TORRES, Ricardo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-46.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Los Deberes Constitucionales*. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: 2001, pp.11-56.

LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006.

_____. *Alguns Pensamentos Sobre a Educação*. Trad. Miguel Morgado. Lisboa: Almedina, 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*. 2ª. ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

LOMBARDI, G. M. *Contributo allo Studio dei Doveri costituzionali*. Milão: Giuffrè, 1967.

LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive. *500 anos de educação no Brasil*. 5. ed., Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

M

MABLY, G. Bonnot De. *Des droits et des devoirs du citoyen*. Paris: Librairie Marcel Didier, 1972.

MACHADO HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MACHADO, Maria Cristina Gomes. *O Decreto de Leôncio de Carvalho e os Pareceres de Rui Barbosa em debate – a criação da escola para o povo no Brasil do século XIX*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. II (séculos XIX)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 91-103.

MACHIAVELLI, Niccolo. *O príncipe e Dez cartas*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

MADIOT, Yves. *Consideratións sur lês Droits e lês Devoirs de L'Homme*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (organ.), *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional – Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, Márcio Carvalho de. *A educação como elemento propulsor do Estado Democrático de Direito*. In GARCIA, Maria. Revista de Direito Educacional, Ano 3, nº. 6, Julho-Dezembro, 2012, pp. 181-246.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. *Derechos Fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy*. In LEITE, George Salomão; SARLET; Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Editora JusPodivm, 2011, pp. 19-44.

MALBERG, R. Carré de. *Teoria general del Estado*. México, 2000.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: SAE, 2001.

MANACORDA, Mário Alighiero. *História da educação: da antiguidade aos nossos dias*. São Paulo: Cortez Editora, 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 9ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINES JÚNIOR, Eduardo. *Educação, Cidadania e Ministério Público*. O art. 205 da Constituição e sua abrangência. Tese (Doutorado) Pontifícia Universidade Católica: São Paulo, 2006.

MARTÍN-MATEO, R. *El sistema administrativo clasico y supermeabilidad a los nuevos paradigmas de La calidad total*. In RAP, nº 134, 1994, pp. 7 e segs.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Aplicabilidade da Revisão Geral Anual dos Servidores Públicos Civis*. In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Salvador: EDUFBA, 2002, pp. 121-135.

_____. *O direito de acesso à educação e a efetividade dos direitos fundamentais*. In MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (organ.), *In Estudos em Homenagem*

ao Professor Ary Guimarães, Salvador: Revista da Academia de Letras dos Estudantes de Direito da UFBA, 2003, pp.19-30.

_____. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Salvador: JusPodivm, 2005.

_____. *O direito fundamental de acesso ao ensino superior: a “estatização” de vagas nas Universidades Particulares*. In BARBAS-HOMEM, António Pedro (organ.), *Temas de Direito da Educação*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 85-118.

_____. *Functional Illiteracy: The effect of sacrificing quality for quantity*. In DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Salvador: JusPodivm, 2008, pp. 23-29.

_____. *Habeas Educationem: em busca da proteção judicial ao ensino fundamental de qualidade*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Introdução ao estudo dos deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. *Direito à educação de qualidade*. In Teses da Faculdade Baiana de Direito, Vol. 1. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009. pp. 129-182.

_____. *Os deveres fundamentais no Estado Moderno*. In GODINHO, Helena Telino Neves; FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp. 61-76.

_____. *Eficácia dos deveres fundamentais*. In Teses da Faculdade Baiana de Direito, Vol. 3., Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, pp. 39-56.

_____. *Existem limites ao princípio da gratuidade do ensino público?* São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 103, Vol. 945, Julho, 2014, pp. 307-316.

MATURANA R., Humberto. *Emoções e linguagem na educação e na política*. Trad. José Fernando Campos Fortes. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 18ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 28ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO FILHO, Álvaro. *Teoria do Direito Educacional*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, Fortaleza, vol. 24, n. 1, jan./jun., 1983, pp. 1-29.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. In Revista de Direito Público, n. 57/58, São Paulo, 1981, pp. 233 a 256.

MENDES, Paulo de Sousa. *Da Inexistência da Noção de Dever nos Gregos*. In DIAS, Augusto Silva; RAPOSO, João António; ALVES, João Lopes; D'ALMEIDA, Luís Duarte; MENDES, Paulo de Sousa (organ.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º. Aniversário: Estudos de Direito e Filosofia*. Coimbra: Almedina, pp. 659-669.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1990, v. 3.

MIRANDA, Jorge. *Liberdade de Ensino e Democracia (1975)*. In Escritos Vários sobre a Universidade (1969-94), Lisboa: Edições Cosmos, 1995.

_____. *As Constituições Portuguesas de 1822 ao texto actual da Constituição*. 4ª. ed., Lisboa: Livraria Petrony Editores, 1997.

_____. *Programa do Curso de Mestrado em Direito da Educação*. In Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação - nº 2, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 147.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2000.

_____. *O constitucionalismo liberal luso-brasileiro*. Lisboa: Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 2001.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 5^a ed., Coimbra: Coimbra editora, 2003.

_____. *Estado Social e Direitos Fundamentais, Doutrina: Superior Tribunal de Justiça – Edição Comemorativa – 15 anos*. Brasília: Editora Brasília Jurídica Ltda., 2005, pp. 201-219.

_____. MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*. Estoril: Principia, 2006.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VII. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

_____; KOSTA, E. Kaft. *As constituições dos estados de língua portuguesa comentadas: uma visão comparativa*. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. *Direito Constitucional e Democracia* (organ.). Curitiba: Juruá Editora, 2013.

_____. *Caducidade de normas constitucionais*. In *O Direito*. Ano 146^o, II, pp. 283-295, 2014.

_____. Introdução ao direito da educação: direito português e direito brasileiro, In e-Pública, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 01-29, jun. 2014, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000200001&lng=pt&nrm=iso [24/10/2016].

_____. *Sobre a relevância constitucional da família*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, XI, 2014, pp. 77-93.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *Direitos Fundamentais*. 5^a ed., Coimbra: Coimbra editora, 2014.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 6^a edição. Coimbra: Coimbra editora, 2015.

_____. *Os princípios da democracia*. In LEITE, George Salomão; SARLET; Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Política e Cidadania. Em homenagem a Michel Temer*. Porto Alegre: GIW, 2013, pp. 255-276.

_____. *Constituição e Cidadania (2003-2015)*. Almedina: Coimbra, 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais. Vol. 1*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

_____. *Curso de Direito Constitucional. Estrutura do Estado. Sistemas Políticos. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização de Constitucionalidade. Vol. 2*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

_____ (Coord.). *A Constituição no limiar do Século XXI*. Lisboa: AAFDL, 2016.

_____. *Sobre o princípio da igualdade*. In BARBAS-HOMEM, António Pedro; GUERRA, Paulo. *As conferências do Centro de Estudos Judiciários (2014-2015)*. Coimbra: Almedina, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2^a ed., São Paulo: Max Limonad, 1953, 5v.

MONCADA, Luís Cabral. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTEIRO, A. Reis. *O Direito à Educação*. Lisboa: Livros Horizonte, 1998.

_____. *Educação da Europa*. Porto: Campo das Letras, 2001.

_____. *Qualidade, profissionalidade e deontologia da educação*. Porto Editora: Porto, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Cartas Persas*. Trad. Franco de Sousa. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

_____. *De l'Esprit des lois*, I. Paris: Gallimard, 1995.

_____. *De l'Esprit des lois*, II. Paris: Gallimard, 1995.

MONTGOMERY, John Warwick. *The Justification of Homeschooling Vis-A-Vis the European Human Rights System*, 25th IVR World Congress LAW SCIENCE AND TECHNOLOGY, Frankfurt am Main, 15–20 August 2011, Paper Series No. 085 / 2012, Series B, disponível em http://madalen.files.wordpress.com/2013/12/ivr_world_congress_2011_no_085.pdf [02/02/2014]

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional. Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. Tomo II. Volume 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MOREIRA, Daniel Augusto. *Analfabetismo funcional: o mal nosso de cada dia*. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes para a educação do futuro*. Trad. Ana Paula de Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MORTATI, Costantino. *Studi sul potree costituente e sulla riforma costituzionale dello stato*. Raccolta di Scritti – I. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1972.

MOURA AGRA, Walber de. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 3.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.

MUNIZ, Regine Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. São Paulo: Renovar, 2002.

N

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NANNINI, Ubaldo G. *Valori Fondamentali e Conflitto di Doveri*. Milão: Giuffrè Editore, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana*, in 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 107-149.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, 2ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NEVES, António Brito. *Do conflito de deveres jurídico-penal: uma perspectiva constitucional*, In O Direito, Ano 144º, 2012, III, pp. 671-727.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel. *A Constituição Constituinte*. Coimbra: Coimbra edt., 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

NUSSBAUM, Martha. *El cultivo de La humanidad: una defensa clásica de la reforma em La educación liberal*. Santiago: Editorial André Bello, 2001.

O

OLIVEIRA, A. Almeida. *O ensino público*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

OTERO, Paulo. *Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública*. In Os caminhos da privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 31-57.

_____. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Instituições Políticas e Constitucionais. Volume I*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Identidade constitucional*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2016.

P

PAIVA, Regina Garcia de. *Direito Educacional: do fato para o direito*. In TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 63-96.

PAREJO-ALFONSO, L. *La eficacia administrativa y la calidad de los servicios publicos*. In WAGNER, Sosa. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje ao Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo, II*. Valencia, 2000, pp. 1949 e segs.

_____. *El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos*, In RAP, n° 153, 2000, pp. 217 e segs.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes Fundamentales*. Doxa: Alicante, n. 4, 1987, p. 329-341.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importancia dos deveres humanos na efetivação dos direitos. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo, *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*, Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, pp. 281-301.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. *A família na Constituição do Brasil – missão, limites e responsabilidades – comentário ao art. 226º da Constituição de 1988*. In PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Direito e Dignidade da Família: do começo ao fim da vida*. Lisboa: Almedina, 2012. pp. 7-34.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 12ª. ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1994.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Sarah Adamopoulos. Lisboa: Temas e Debates, 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres. Incapacidades e suprimento – a visão do Jurista*. In O DIREITO, Ano 142º, 2010, III., pp. 465-480.

_____. *Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. In FREITAS, José Lebre de (et al.) (Comis. Org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 475-488.

PINTO, Luzia M. S. Cabral, *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Ricardo Leite. *Neo-Republicanismo, Democracia e Constituição*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2ª. ed., São Paulo: RT, 2003.

_____. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma Judiciário: Emenda Constitucional nº 45/2004 – analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 67-81.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIRES, Eurico Lemos. *Escolas Básicas Integradas como Centros Locais*. In RODRIGUES, Maria de Lurdes (Org). 40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 91-108.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editora Trotta, 2007.

PISÓN, José Martínez de. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson, 2003.

PISTINIZI, Bruno Fraga. *O direito à educação nas Constituições brasileiras*. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Educacional*, Ano 1, n.º. 2, Julho-Dezembro, 2010, pp. 63-93.

PLATÃO. *A República*. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. 10ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

POCOCK, J. G. A. *Cidadania, historiografia e res publica: contextos do pensamento político*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

PONCE, Aníbal. *Educação e Luta de Classes*. Lisboa: Vega Editora, 1979.

PORTUGAL. *Ensino primário - parecer sobre a proposta de lei n. 187*. Lisboa: Assembleia Nacional, 1938.

PUFENDORF, Samuel. *Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural*. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

Q

QUEIROZ, Cristina. *Poder Constituinte, Democracia e Direitos Fundamentais. Uma via constitucional para a Europa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

R

RANGEL, Paulo. *Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves*, In *Tribunal Constitucional: 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012, pp. 151-174.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Educação Superior, Direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)*. São Paulo: Editora da USP/FAPESP, 2000.

_____. *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*. Tese de Livre Docência. USP, 2009.

_____. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri, SP: Manole, 2013.

_____. *O direito educacional no sistema jurídico brasileiro*. In ABMP, Todos pela educação (organ.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 55-103.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

RAYO, José Tuvilla. *Educación em Direitos Humanos: rumo a uma perspectiva global*. Trad. Jussara Haubert Rodrigues, 2ª. ed., Porto Alegre: Editora Artmed, 2004.

RECASÉNS-SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed., México: Porrúa, 1978.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luís. *Las normas preconstitucionales y el mitor del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

RESENDE, André Lara. *Devagar e simples: economia, Estado e via contemporânea*. 1ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (organ.). *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

RIBEIRO, Maria das Graças M. *Educación Superior Brasileira: Reforma e Diversificação Institucional*. Bragança Paulista: EDUSF, 2002.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito Educacional: Educação Básica e Federalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RIPLEY, Amanda. *The smartest kids in the world*. Nova Iorque: Simon Schuster Paperbacks, 2014.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RODRIGUES, Marcella Regina Gruppi. *Teoria da proteção integral: o reconhecimento do microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. In BASTOS, Elísio Augusto

Velloso; MERLIN-TUPIASSU, Lise; CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. Constitucionalismo e direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2014, pp. 279-300.

RODRIGUES, Maria de Lurdes. *A escola pública pode fazer a diferença*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. (Org.). *40 anos de políticas de educação em Portugal. Volume I: A construção do sistema democrático de ensino*. Coimbra: Almedina, 2014.

ROIG, Rafael de Asís. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio, ou, Da educação*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Do Contrato Social: princípios do direito político*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2002.

RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier. *Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España*. In Revista de Estudios Políticos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

S

SAMPAIO, Jorge Silva. *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Estado Democrático de Direito*. In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 395-412.

SANGENIS, Luis Fernando Conde. *Franciscanos na educação brasileira*. In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Camara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. I (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro, 2005, pp. 93-107.

SANTOS, António Carlos dos. GONÇALVES, Maria Eduarda. MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 5ª. ed., Coimbra: Almedina, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. Lisboa: Editorial Presença, 1997.

SAVIANI, Dermeval. *Educação e Colonização: as idéias pedagógicas no Brasil*. In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Camara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. I (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 121-130.

_____. *A política educacional no Brasil*. In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Camara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. III (séculos XX)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 30-39.

SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. *Direito à educação inclusive: um direito de todos*. 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *A ideia de justiça*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

SERRÃO, Joaquim Veríssimo. *História das Universidades*. Porto: Lello & Irmão Editores, 1983.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SIFUENTES, Mônica. *O acesso ao ensino fundamental no Brasil: um direito ao desenvolvimento*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. *Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2ª. ed., Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA CABRAL PINTO, Luzia Marques da. *Os limites do Poder Constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1994.

SILVA, Ildefonso Mascarenhas da. *Direitos e Deveres Constitucionais*. Rio de Janeiro: 1947.

SILVA, Fabiana Maria Lôbo da. *Uma abordagem constitucional do poder paternal: o poder de correção física em especial (perspectiva luso-brasileira)*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa: Faculdade de Direito, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

SILVA, Maria Beatriz Nizzada. *A educação da mulher e da criança no Brasil Colônia*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.), *História e*

memórias da educação no Brasil. Vol. I (séculos XVI-XVIII), Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp.131-145.

SILVA, Suzana Tavares da Silva. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. *“A cultura a que tenho direito”: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA, Vicente de Paula. *Direito Educacional e Municipalização: um estudo normativo da municipalização do ensino fundamental regular paulista*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

SINGH, Kishore. *Universalizing Access do Basic Education: UNESCO’s Normative Action* in GROOF, Jan de; LAUWERS, Gracienne (orgs.), *Access to and Equality in Education: Comparative Analyses*, Bélgica, 2003, pp. 10 e ss.

SONGEL, Juan Antonio Felipe. *Historia Constitucional Del Derecho a La Educación em España*, Valência: Editora Nomos, 2003.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais*. Lisboa: Dom Quixote, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 2013.

SOUZA, Rosa Fátima de. *O direito à educação: lutas populares pela escola em Campinas*. Campinas: Editora da Unicamp, 1998.

SPADARO, Antonino. *Dai diritti “individuali” aidoveri “globali”*. La giustizia distributiva internazionalenell’està dela globalizzazione. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, 2005.

STRECK, LENIO LUIZ. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

T

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O povo e o poder. O Conselho do Planejamento Nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Anísio. *Educação não é privilégio*. 7ª. ed., Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007.

_____. *Educação é um direito*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

_____. *Educação para a democracia: introdução à administração educacional*. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Cascais: Principia, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 1-46.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário Latino Português*, 2ª ed., Porto: Gráficos Reunidos Ltda, 1942.

TRINDADE, André. *Direito Educacional e Direitos Fundamentais: uma relação real*. In TRINDADE, André (Coord.). *Direito educacional*. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 41-50.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

_____. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I., Porto Alegre: Fabris, 1997.

U

UNESCO. *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*. Brasília: UNESCO (OREALC), 2007.

_____. *The Right to Primary Education Free of Charge For All: ensuring compliance with international obligations*, Paris: UNESCO, 2008.

V

VALLE, Jaime Rui Drummond Leitão do. *A escolaridade obrigatória: o dever fundamental de instrução e a imposição constitucional de assegurar o ensino básico obrigatório*. Relatório apresentado no seminário de mestrado da disciplina de direitos fundamentais. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

VASCONCELOS, Sílvia Andréia. *A Educação e a Constituição de 1988*. In GARCIA, Maria. *Revista de Direito Educacional*, Ano 1., nº 2. Julho-Dezembro, 2010, pp. 302-320.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

VICENTE, António. *Os alicerces dos pilares do Estado. Compreender as fundações. Uma perspectiva do Ensino Superior*. In *Educar, Defender, Julgar: para uma reforma das funções do Estado*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 17-40.

_____. *Transformações e adaptações do Estado e dos seus pilares. Um ponto de vista do Ensino Superior*. In *Educar, Defender, Julgar: para uma reforma das funções do Estado*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 235-256.

VIEIRA, Andréa Zacarias. *O direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF*. In GARCIA, Maria. Revista de Direito Educacional, Ano 3, n.º 6, Julho-Dezembro, 2012, pp. 21-40.

_____. *O regime constitucional do direito à educação básica*. In GARCIA, Maria (coord.). Revista de Direito Constitucional – RDCI, Ano 20, Vol. 81, Outubro-Dezembro. São Paulo: RT, 2012, pp. 75-94.

VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Limites na educação: Sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *O rol de deveres fundamentais na Constituição como numerus apertus*. In Derecho y Cambio social, ano 10, v. 31, p. 1-14, jan./mar. 2013.

VILLALTA, Luis Carlos. *O que se fala e o que se lê: Língua Instrução e leitura*. In MELO E SOUZA, Laura de. *História da Vida Privada no Brasil, Vol. I*, São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VILLELA, Heloísa de Oliveira Santos. *Do artesanato à profissão – representações sobre a institucionalização da formação docente no século XIX*. In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Camara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. II (século XIX)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 104-115.

VILLEY, Michael. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

W

WACHOWICS, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional*. Curitiba: Juruá ed., 2000.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes.

WEHLING, Arno. *A incorporação do Brasil ao mundo moderno*. In STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Camara (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. I (séculos XVI-XVIII)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 45-55.

WERLE, Flávia. *Constituição do Ministério da Educação e articulações entre os níveis federal, estadual e municipal da educação*. In STEPHANOU, Maria; CAMARA BASTOS, Maria Helena (orgs.). *História e memórias da educação no Brasil. Vol. III (século XX)*. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, pp. 40-52.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

X

XIMENES, Salomão Barros. *Direito à Qualidade na Educação Básica: Teoria e Crítica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Z

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. 3ª. ed., Madrid: Trotta, 1999.

_____. *Estado Constitucional*. In ALMEIDA, Fernando Dias Menezes; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do; LEAL, Roger Stiefelmann; HORBACH, Carlos Bastide (coord.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia: Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 291-316.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

